

Sentenças



PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL 5000078-27.2017.4.03.6002

Autores: JOÃO EZEQUIEL DE MELO NETO, EDSON FRANCISCO DA SILVA, LUIS PAULO FAUSTINO SANTOS SOUZA, JEMIMA FAUSTINA DOS SANTOS SOUZA

Réus: COMUNIDADE INDÍGENA ITAGUÁ, FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI, PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE DOURADOS - MS

Juiz Federal: FÁBIO FISCHER

Disponibilização da Sentença: DJEN 24/10/2022

SENTENÇA

JOÃO EZEQUIEL DE MELO NETO, EDSON FRANCISCO DA SILVA, LUIS PAULO FAUSTINO SANTOS SOUZA, JEMIMA FAUSTINA DOS SANTOS SOUZA ajuizaram ação de conhecimento comum contra a FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – FUNAI e a COMUNIDADE INDÍGENA ITAGUÁ, para obter a reparação de danos materiais e morais causados por invasão da Fazenda Novilho por índios integrantes da referida comunidade.

Argumentam que a ação causou danos materiais na propriedade rural, além de terem pertences pessoais furtados durante a invasão. Afirma que foram ameaçados e obrigados a deixar o local, causando profundo abalo psicológico.

Citadas, a FUNAI e a COMUNIDADE INDÍGENA ITAGUÁ apresentaram contestação, representadas pela Procuradoria Federal. Suscitaram a ilegitimidade passiva da FUNAI e a impossibilidade jurídica do pedido. Argumentam que a área invadida se encontra em área sob processo demarcatório, com natureza declaratória. Afirmam não ter havido participação da FUNAI na invasão e ausência de comprovação dos danos alegados.

Apresentada impugnação pela parte autora.

Ministério Público Federal, intimado, manifestou inexistir interesse público na demanda.

Sobreveio sentença, que afastou as preliminares suscitadas, e julgou improcedente a ação, por não haver nexo de causa entre a conduta da FUNAI e os alegados danos causados no curso da invasão noticiada.

Interposta apelação pela parte autora, na qual suscita a nulidade da sentença, por ser citra petita, pois deixa de se manifestar a respeito da responsabilidade da COMUNIDADE INDÍGENA ITAGUÁ pelos danos causados. No mérito, invoca a previsão de que a FUNAI possui a atribuição de exercer a tutela do índio, justificando a responsabilidade da entidade pública para responder pelos danos causados.

Apresentadas contrarrazões.

Acórdão proferido em julgamento realizado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região deu parcial provimento ao recurso, anulou a sentença por ser *citra petita*, e determinou o retorno dos autos à origem, para que fosse analisada a responsabilidade da Comunidade Indígena demandada nos eventos narrados.

Com o retorno dos autos a esta instância, as partes, intimadas, nada requereram.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório. DECIDO.

Os autos retornaram a este juízo para análise da responsabilidade da COMUNIDADE INDÍGENA ITAGUÁ pelos danos descritos na petição inicial, em razão de invasão da Fazenda Novilho, tendo em vista que sentença anteriormente proferida limitou-se a analisar a responsabilidade civil da FUNAI nos eventos.

Passo, portanto, à análise da situação da referida comunidade, preservada a anterior sentença no tocante à ausência de responsabilidade da FUNAI nos eventos descritos, confirmada neste ponto pelo Tribunal.

Adianto que em relação à COMUNIDADE INDÍGENA ITAGUÁ o feito deve ser extinto sem resolução do mérito por ilegitimidade passiva, por tratar a presente demanda de ação coletiva passiva, não admitida no ordenamento nacional, além do que, na hipótese, não foi observada a sua representatividade adequada.

O Estatuto do Índio, Lei n. 6001/73, assim define a comunidade indígena:

Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

[...]

II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados.

Por reconhecer aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições (art. 231 da CF), o referido dispositivo foi recepcionado pela Constituição Federal, por definir o núcleo social e político onde se desenvolvem com maior intensidade esses elementos integrantes e caracterizadores de qualquer comunidade, sociedade ou nação.

Samia Roges Barbieri leciona que o conceito de comunidade indígena “poderia ser definido como o de um grupo local de um determinado povo indígena” (Barbieri, Samia Roges J. *Os Direitos dos Povos Indígenas*. Grupo Almedina (Portugal), 2021, p. 61).

Prossegue ainda a autora:

Logo, o conceito que remanesce na Carta Magna é o de comunidade Indígena, sendo este, nos termos da Constituição, um grupo local, pertencente a um povo que se consideraria distinto da sociedade nacional, em virtude da consciência de sua continuidade histórica com sociedades pré-coloniais, sendo os seus membros os índios, que, não precisariam ter características biológicas indígenas.

O componente necessário para a identificação seria a identificação do próprio índio e de sua comunidade, como membro de um povo de origem pré-colombiana, que se considerasse diferente do povo brasileiro. (p. 62)

Cuida-se, portanto, de um grupo formado no curso da história, organizado socialmente, que se reconhece como distinto da comunidade nacional por se identificar como uma continuidade das sociedades pré-coloniais. Sua formação ocorre de forma orgânica, e seu reconhecimento ocorre por ato meramente declaratório, e não constitutivo (Barbieri, Samia Roges J. *Os Direitos dos Povos Indígenas*. Grupo Almedina (Portugal), 2021, p. 63).

A Constituição Federal reconhece legitimidade às comunidades Indígenas para atuar em juízo na defesa de seus direitos e interesses coletivos:

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Todavia, esse reconhecimento constitucional para a defesa em juízo de interesses coletivos da comunidade não traz consigo também a legitimidade para a defesa de “deveres coletivos”, tal como se pretende nesta ação, caracterizada como ação coletiva passiva.

Acerca do tema, Lecionam Fredie Didier e Hermes Zaneti:

Há ação coletiva passiva quando um agrupamento humano foi colocado como sujeito passivo de uma relação jurídica afirmada na petição inicial. Formula-se demanda contra uma dada coletividade. Os direitos afirmados pelo autor da demanda coletiva podem ser individuais ou coletivos (lato sensu) – nessa última hipótese, há uma ação duplamente coletiva, pois o conflito de interesses envolve duas comunidades distintas. (Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo, vol. 4, 5ª ed., 2010, p. 411).

Pertinente também a lição de Edilson Vitoreli acerca da ação coletiva passiva:

O primeiro esclarecimento imprescindível para a compreensão das ações coletivas passivas é o de que essa referência deve se limitar às situações em que a coletividade figura como parte passiva de uma relação jurídica de direito material, de natureza obrigacional ou, mais frequentemente, não obrigacional. Como explica Antonio Gidi, as verdadeiras ações coletivas

passivas são aquelas nas quais figura uma coletividade acusada de um ilícito. O estudo quanto a ações coletivas passivas, portanto, deve se referir exclusivamente à possibilidade de que a sociedade possa ter deveres coletivos, passíveis de serem exigidos coletivamente por um terceiro, pela via de um processo no qual não figurassem todos os indivíduos integrantes do grupo, mas um representante adequado (Ações Coletivas Passivas: Por Que Elas Não Existem Nem Deveriam Existir? Revista de Processo, vol. 278/2018, ed. RT, p. 297 - 335 | Abr / 2018 DTR\2018\10624)

Ocorre que, apesar de alguma divergência doutrinária e jurisprudencial, não se pode admitir, sem previsão legal, que uma coletividade ocupe o polo passivo de ação judicial, pois sua representação processual se dá por substituição, ou seja, a lei elege uma figura que representará a coletividade independentemente de sua constituição por cada um dos reais titulares de direitos. Os titulares dos direitos coletivos, não comparecem ao processo, mas são substituídos pela entidade legalmente estabelecida para representa-lo em juízo.

Transpondo essa situação para as ações coletivas passivas, as pessoas responsáveis pelos deveres a elas imputados na petição inicial são substituídas no polo passivo da ação processual por algum representante, sem serem citadas nem sequer tomar conhecimento da ação.

Daí a relevância da previsão legal para eleição de um substituto adequado e disciplina das responsabilidades, ônus e efeitos de uma sentença proferida contra uma coletividade, sem o que o curso do processo é nulo, e a sentença desprovida de eficácia contra o devedor individual, como se pode depreender do art. 506 do CPC, segundo o qual a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, sem prejudicar terceiros.

A respeito da relevância da representatividade adequada da coletividade no polo passivo da ação e da necessidade de previsão legal para tanto, transcrevo a lição de Hugo Nigro Mazzilli:

Vimos que, em princípio, qualquer pessoa pode ser ré em ação civil pública ou coletiva. Mas, em regra, a própria coletividade lesada, transindividualmente considerada, não está legitimada passivamente para essas ações. Pelo sistema hoje vigente em nosso Direito, os legitimados do art. 5º da LACP ou do art. 82 do CDC só substituem processualmente a coletividade de lesados no polo ativo, o que afasta a possibilidade de aqueles legitimados figurarem como réus, mesmo em reconvenção. Por exceção, nos embargos do executado, nos embargos de terceiros, na ação rescisória de ação civil pública ou coletiva, ou na ação de rescisão ou de anulação de compromisso de ajustamento de conduta, será possível que os colegitimados do art. 5º da LACP ou do art. 82 do CDC ocupem o polo passivo nessas ações. A esse rol, embora fora do campo do processo coletivo, podemos acrescentar algumas outras poucas hipóteses em que são citados por edital terceiros incertos e desconhecidos.

Por que os entes estatais e as associações, legitimados à propositura da ação civil pública ou coletiva, como regra geral, não podem ser réus nessas

mesmas ações? Porque a substituição processual é matéria de direito estrito, 33 e a lei só lhes conferiu a possibilidade de exercerem a substituição processual do grupo lesado no polo ativo. Por isso é que não cabe ação civil pública ou coletiva contra o grupo lesado, nem mesmo por meio de reconvenção. Não há prejuízo ao direito de acesso à jurisdição, pois o que não se admite é a propositura de ação contra supostos substitutos processuais sem que a lei autorize essa substituição, mas não se impede a propositura de ação diretamente contra aqueles que se pretendia ver substituídos. (Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, 18ª ed., 2015, p. 415/416)

De forma coerente com a doutrina acima transcrita, verifica-se que a legislação brasileira trata a defesa coletiva de direitos, em sua integralidade, sob a perspectiva do polo ativo da ação, conferindo legitimidade aos diferentes substitutos processuais unicamente para beneficiar os substituídos.

O panorama legislativo é apresentado de forma clara por Edilson Vitoreli, que conclui pela inviabilidade de admitir-se ações coletivas passivas sem lei que a regule:

O art. 5º da Lei da Ação Civil Pública afirma categoricamente que os legitimados coletivos "Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar". É preciso convir que há necessidade de um esforço linguístico muito grande para transformar "propor" em "responder". O § 4º do mesmo dispositivo regula a desistência da ação, comportamento que só pertence ao polo ativo. Há expressa referência de que o "Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa". Não há norma para revelia ou assunção da titularidade passiva. Ainda o § 6º, que regula o compromisso de ajustamento de conduta, refere-se a "tomar compromisso", não apenas a firmar, denotando que o ente público será o compromitente, não o compromissário.

Não é só. O art. 6º da LACP assevera que qualquer interessado poderá provocar a "iniciativa" do Ministério Público. O art. 8º regula a requisição de documentos "para instruir a inicial", sem referência à defesa. O art. 7º se refere ao poder-dever do juiz de comunicar ao Ministério Público fatos que possam ensejar a "propositura da ação civil", no que é secundado pelo art. 139, X do CPC (LGL\2015\1656), que alude à mesma comunicação, para "promover a propositura da ação coletiva respectiva".

O crime do art. 10 da LACP incide na hipótese de negativa de documentos que possam viabilizar a "propositura da ação civil". O art. 13 reverte ao fundo de Direitos Difusos o produto de condenações em dinheiro, denotando que a sociedade é a beneficiária dos valores. O art. 15 estabelece o postulado da obrigatoriedade da execução coletiva pelo Ministério Público, o que pressupõe que o exequente é o legitimado coletivo. O art. 17 se refere expressamente a "associação autora".

Finalmente, todas as regras de coisa julgada, tanto do art. 16 da LACP quanto do art. 103 do CDC (LGL\1990\40), estabelecem salvaguardas contra a improcedência do pedido, o que pressupõe, com clareza, que a improcedência é o resultado nefasto à sociedade, não a procedência. É por isso que ela não incide em todos os casos. O art. 83 do CDC (LGL\1990\40) também

determina serem admitidas “todas as espécies de ações” para a proteção dos direitos do consumidor, não todas as espécies de exceções.

Com a devida vênia, não se pode tratar a lei como um detalhe. O ordenamento jurídico brasileiro não prevê ações coletivas passivas. Ao contrário, todo o sistema foi evidentemente estabelecido para propiciar a demanda coletiva de direitos, não para colocar a sociedade no polo passivo, representada por um ente que para tanto não foi legitimado. Aceitar essas ações não é mera “atuação criativa do Judiciário”. É agir contra legem. (Ações Coletivas Passivas: Por Que Elas Não Existem Nem Deveriam Existir? Revista de Processo, vol. 278/2018, ed. RT, p. 297 - 335 | Abr / 2018 DTR\2018\10624)

A legitimidade da comunidade indígena para estar em juízo não foge à regra dos demais direitos coletivos, sendo autorizada a sua atuação unicamente em benefício dos substituídos, como se extrai do art. 232 da CF, que confere legitimidade na “defesa de seus direitos e interesses”, e não deveres.

A importância da disciplina legal sobre a ação coletiva passiva vai além da eleição de um substituto processual adequado, mas envolve outros institutos e soluções para a garantia da devida defesa dos direitos em juízo.

Os direitos coletivos são promovidos em juízo por um substituto processual sem a participação e, por vezes, sem a prévia anuência do efetivo titular do direito. Diante dessa circunstância, há a possibilidade de a pessoa optar por ser excluída dos efeitos da ação coletiva, nos termos do art. 104 do CDC. De igual forma, o sistema de direitos coletivos ocupa-se em preservar o indivíduo contra eventual má gestão do processo pelo substituto processual, de acordo com a previsão do art. 103 do CDC, que nega efeito erga omnes ou ultra partes da sentença coletiva em caso de improcedência por falta de provas e somente a admite para os direitos individuais homogêneos em caso de procedência da ação.

Qual disciplina deve ser adotada em relação à eventual opção da pessoa substituída na ação coletiva passiva de ser excluída da substituição? Pode apresentar contestação individualmente? Em qual prazo? Deve ser citada? Mediante qual modalidade de citação? Da mesma forma, caso haja uma má gestão do processo pelo substituto a pessoa substituída no polo passivo estaria sujeita aos efeitos da sentença sempre? Caso de cogite de resposta positiva, haveria clara quebra de isonomia entre situações semelhantes tratamento desigual das situações. Em caso de resposta negativa, se estaria impondo ao substituído os efeitos de uma sentença, à revelia de previsão legal, em ofensa ao princípio da legalidade.

Mesmo nos casos de ação rescisória de sentença coletiva e das ações movidas contra sindicatos para encerramento de greve – classificada por parte da doutrina e jurisprudência como ação coletiva passiva – tem-se em comum que os efeitos da sentença serão suportados por um ente personalizado, distinto da coletividade de substituídos.

Sobre o tema, é pertinente a observação de Edilson Vitorelli:

O segundo exemplo equivocado de ação coletiva passiva, mencionado pela doutrina, é a ação proposta contra os sindicatos dos Policiais Federais e dos Policiais Federais no Distrito federal, para encerrar uma greve, ao argumento de sua ilegalidade. Afirma-se que ações desse tipo são coletivas passivas, uma vez que o sindicato representaria passivamente toda a categoria de funcionários. No caso, o exemplo se restringe aos servidores públicos.

Esse não é um exemplo de ação coletiva pela singela razão de que a ação se volta contra a pessoa jurídica do sindicato, não contra os sindicalizados. As consequências negativas do eventual descumprimento da ordem de cessação da greve serão impostas sobre ele, não sobre seus filiados. Por exemplo, se do processo derivar a imposição de multa cominatória, é o sindicato que a suportará, não os sindicalizados. Assim, ações para o encerramento de greves são processos individuais, movidos pelo ente público contra a pessoa jurídica do sindicato de servidores. A pretensão é de que a organização centralizada do movimento cesse sua conduta e, por via de consequência, os servidores retornem ao trabalho. Se o réu continuar orquestrando a greve, seu patrimônio responderá pela medida coercitiva. Se, por outro lado, demonstrar que cessou quaisquer atividades nesse sentido e orientou os sindicalizados a retornar às suas atividades normais, não poderá ser punido.

O que nunca ocorreu nem poderia se verificar é, primeiro, a hipótese de que o autor executasse o patrimônio pessoal dos sindicalizados para haver a multa cominatória. Isso violaria o comando do art. 506 do CPC (LGL\2015\1656), que impede que a coisa julgada prejudique terceiros. O patrimônio passível de execução, nesse caso, é o do devedor (art. 789 do CPC (LGL\2015\1656)) e o devedor é o sindicato, enquanto pessoa jurídica. (Ações Coletivas Passivas: Por Que Elas Não Existem Nem Deveriam Existir?. Revista de Processo, vol. 278/2018, ed. RT, p. 297 - 335 | Abr / 2018 DTR\2018\10624)

Analisando a situação dos presentes autos, o sistema jurídico brasileiro não conferiu personalidade jurídica às comunidades indígenas (Agra, Walber de, M. *et al. Comentários à Constituição Federal de 1988*, Grupo GEN, 2009, p. 2426), mas somente conferiu-lhe legitimidade para atuar em juízo na defesa dos direitos coletivos daquela comunidade:

Diferente de outras constituições latino-americanas, a brasileira não reconheceu expressamente personalidade jurídica às comunidades indígenas, mas está evidente que não há necessidade de qualquer registro ou materialização da personalidade para estar em juízo, basta que declare a forma tradicional de representação, segundo os usos, costumes e tradições do povo. (CANOTILHO, José Joaquim G.; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; *et al. Série IDP - Comentários à Constituição do Brasil*. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2018, p. 2260)

Dessa forma, na hipótese de procedência da ação, os efeitos da sentença não seriam suportados pela comunidade indígena, pois se trata de ente despersonalizado, mas seria cumprida individualmente por cada integrante da aldeia, que teriam seu patrimônio alcançado sem que sequer tenham sido citados para a ação.

O presente caso, portanto, distancia-se das situações em que parte da doutrina afirma haver uma ação coletiva passiva.

Por fim, soma-se a todos os empecilhos a falta de representatividade adequada da comunidade indígena Itaguá nos autos.

Note-se que a representação processual da comunidade indígena é realizada pela União, por meio da Procuradoria Federal, nos termos do artigo 35 do Estatuto do Índio e artigo 11-B, § 6º, da Lei n. 9.028/95:

Art. 35. Cabe ao órgão federal de assistência ao índio a defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas.

Art. 11-B.

§ 6º A Procuradoria-Geral da Fundação Nacional do Índio permanece responsável pelas atividades judiciais que, de interesse individual ou coletivo dos índios, não se confundam com a representação judicial da União.

Contudo, a eleição da UNIÃO para a representação da comunidade indígena segue exatamente a mesma lógica da tutela do índio e sua comunidade, como deixa claro o art. 7º do Estatuto do Índio:

Art. 7º Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeito ao regime tutelar estabelecido nesta Lei.

Ocorre que a ideia de tutela do índio se encontra definitivamente superada pela Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 5.051/04 (atualmente consolidada no Decreto 10.088/19) com *status* supralegal, por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal. Em seu artigo 8º assegura a preservação de seus costumes, e também o exercício dos mesmos direitos reconhecidos a todos os cidadãos:

Artigo 8º

1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.

2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes.

A representatividade adequada é uma das bases de sustentação das ações coletivas, tanto no polo ativo quanto no passivo. Nas palavras de Fredie Didier e Hermes Zaneti, “seguindo o regime de toda ação coletiva, exige-se para a

admissibilidade da ação coletiva passiva que a demanda seja proposta contra um 'representante adequado' (legitimado extraordinário para a defesa de uma situação jurídica coletiva)". (Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo, vol. 4, 5ª ed., 2010, p. 412).

O antropólogo Beto Ricardo discorre sobre a constante intermediação de instituições estatais ou privadas formadas por não índios para representá-los nos debates públicos de seus interesses, e destaca a necessidade de se atentar para as lideranças formadas em cada aldeia indígena ou organizações por eles formadas, para falar legitimamente em nome de seus integrantes:

Quem fala em nome "dos índios"? Aparentemente simples, essa pergunta é de difícil resposta. [...]

A agenda colocada pela sociedade nacional e internacional nos últimos anos para "os índios" no Brasil, funcionou como mecanismo de pressão para a produção de uma representação ou representações da indianidade genérica. Refiro-me ao seguinte conjunto de processos e eventos: a elaboração da Constituição Federal (1987/88), a reunião da ONU sobre ecologia e desenvolvimento no Rio (1992), as comemorações ou anticomemorações dos 500 anos da chegada de Colombo à América (1992), a tramitação do Estatuto das Sociedades Indígenas no Congresso Nacional (1992/94), o término do prazo constitucional para a demarcação de todas as terras indígenas (1993), a revisão da Constituição (1993/94) e as eleições presidenciais (1994).

[...]

Tão mais se afasta do nível local, a política indígena tende a aparecer nos cenários regional, nacional e internacional como uma ação intermitente associada a intermediários não-indígenas os quais, por sua vez, têm perfil institucional, objetivos e estratégias próprias bastante diversas. Mesmo considerando o fenômeno recente das chamadas organizações indígenas "registradas em cartório", vale afirmar que a questão da representação dos interesses indígenas no plano supralocal somente pode ser compreendida e avaliada no Brasil quando se considera uma sociologia dos intermediários não-indígenas de todo o tipo a ela referidos, como algo que a constitui e conforma.

Especialmente após a promulgação da nova Constituição Federal de 1988, cresceu em várias regiões do Brasil a formalização de organizações indígenas, com diretorias eleitas em assembleias, estatutos registrados em cartório e contas bancárias próprias. Trata-se, a rigor, da incorporação, por alguns povos indígenas, de mecanismos de representação política por delegação, para poder lidar como mundo institucional, público e privado, da sociedade nacional e internacional e tratar de demandas territoriais (demarcação e controle de recursos naturais), assistenciais (saúde, educação, transporte e comunicação) e comerciais (colocação de produtos no mercado).

[...]

Ao nível local, operam instituições políticas tradicionais de cada povo, nem sempre tão visíveis como a Casa dos Homens, entre os Kayapó ou o Conselho dos Velhos no pátio da aldeia, entre os Xavante. Tais organizações têm eficácia reguladora sobre as interferências externas. Um exemplo clássico é que tais formas tradicionais de organização foram e são mecanismos internos que muitas vezes resistem às imposições de funcionários de agências

governamentais, os quais, sempre a procura de “um chefe” com quem tratar, acabam nomeando “capitães” que não coincidem com as autoridades tradicionais [...]

[...]

Reconhecer e valorizar tais características das formas indígenas de se organizar e representar tem sua importância atual porque, por exemplo, a Constituição Federal em vigor prevê consultas prévias a comunidades indígenas sobre projetos de exploração de recursos minerais por terceiros em seus territórios. Fazer tais consultas, sempre que possível, *in loco*, garantindo condições adequadas de expressão em língua nativa, aumenta a probabilidade de se saber o que realmente um determinado povo indígena está pensando e querendo. (Quem Fala em Nome dos Índios. Socioambiental.org, 2022. Disponível em:

https://pib.socioambiental.org/pt/Quem_fala_em_nome_dos_%C3%ADndios_%3F. Acesso em 18.10.2022)

Na hipótese dos autos, verifica-se o mesmo problema de falta de representatividade adequada para falar em nome da comunidade indígena Itaguá, ora demandada. A contestação foi oferecida pela Procuradoria Federal, órgão integrante da UNIÃO, sem qualquer menção ou referência de que tenha ouvido a comunidade indígena, suas lideranças ou eventual associação regularmente instituída pelos integrantes da comunidade.

A comunidade indígena é defendida em juízo sem que sequer tenha tido conhecimento da ação, adotando-se o mesmo modelo de tutela estatal do índio negando-lhe autonomia e capacidade – agora sob a perspectiva de sua comunidade.

O mesmo entendimento adotado pelo egrégio TRF/3 quando do julgamento da apelação anteriormente interposta nos presentes autos, de que “o regime especial tutelar civil previsto pelo Estatuto do Índio é incompatível com a ordem jurídica vigente, de modo que a capacidade do índio para exercer direitos e contrair obrigações não se encontra vinculada à tutela do Estado” (ID 111571771, pg. 2) deve ser igualmente adotado em relação à defesa da comunidade indígena.

Seria um contrassenso reconhecer a capacidade individual dos índios para exercer direitos independente da tutela do Estado e admiti-la para a representação de sua coletividade. Tal entendimento resultaria na perpetuação da já superada ideia de tutela do índio.

Portanto, além da inviabilidade genérica de se admitir a ação coletiva passiva, tal como fundamentado acima, na presente hipótese também não foi observada a necessária representatividade adequada da comunidade indígena, a deslegitimar sua substituição processual.

DIANTE DO EXPOSTO, preliminarmente, extingo o feito sem julgamento do mérito em relação à COMUNIDADE INDÍGENA ITAGUÁ por ilegitimidade passiva, com fundamento no art. 485, VI, do CPC.

Verbas de sucumbência pela parte autora já fixadas na sentença de ID 21142877.

Intimem-se as partes e o Ministério Público Federal.

Transcorrido o prazo de recurso sem manifestação da parte, arquivem-se os autos.

DOURADOS, 19 de outubro de 2022.

Juiz Federal FÁBIO FISCHER

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL 5000115-49.2021.4.03.6120

Autora: METALBRAS METALÚRGICA BRASILIENSE LTDA.
Ré: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP
Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT
Disponibilização da Sentença: DJEN 21/11/2022

SENTENÇA

I — RELATÓRIO

Trata-se de ação proposta por Metalbras Metalúrgica Brasiliense Ltda contra a União, por meio da qual a autora pretende a restituição de valores pagos a título de multa e direitos *antidumping* referentes à importação de 160 peças de tubos de aço produzidos na China. A inicial¹ narra que essa mercadoria foi produzida sob medida para ser utilizada em projeto industrial concebido pela autora, tratando-se de produto que não é produzido no Brasil. Quando do desembaraço, a importadora classificou a mercadoria pelo NCM nº 7304.59.10, mas a autoridade aduaneira reclassificou a mercadoria para o NCM 7304.39.10, o que resultou na cominação de multa e na exigência de direitos *antidumping*. Embora não concordasse com a reclassificação, a autora efetuou o pagamento da multa e dos direitos *antidumping*, no valor aproximado de R\$ 400 mil — é esse o objeto da restituição pleiteada.

Na visão da autora, a mercadoria que importou não é objeto de *dumping*, uma vez que se trata de produto único, produzido sob medida, com o propósito de utilização em projeto singular e que não possui fornecedor no Brasil. O fato de a mercadoria não ter concorrência no Brasil afasta o risco de dano à indústria nacional, que é a razão de ser da política de combate ao *dumping*. Defendeu a classificação dos produtos no código NCM 7304.59.10, pois é o mais próximo a suas características físicas. Não bastasse isso, o direito *antidumping* foi exigido sem a lavratura de auto de infração, formalidade indispensável nesse caso.

Na contestação² a União discorreu sobre o sistema *antidumping* e defendeu a higidez da cobrança imposta à autora. No mais, realçou que a análise técnica da mercadoria não deixa dúvida de que o produto não correspondia exatamente ao descrito na declaração de importação.

Em réplica³ a autora revisitou os argumentos expostos na inicial e reforçou o pedido de perícia.

¹ Num. 44636654

² Num. 58131126

³ Num. 35554158

É a síntese do necessário.

II — FUNDAMENTAÇÃO

De partida indefiro o pedido de prova pericial, pois os documentos anexados aos autos, sobretudo o laudo técnico que ampara a reclassificação da mercadoria, são suficientes para o julgamento do feito, de modo que a perícia é dispensável. Além disso, o objeto da perícia são tubos metálicos internalizados em abril de 2020 para aplicação em projeto industrial desenvolvido pela autora. Logo, quando do ajuizamento da ação, em janeiro de 2021, é certo que esses produtos já haviam sido utilizados para o projeto industrial a que se destinavam, o que prejudica a realização da perícia.

Descendo para o mérito, a principal questão a ser definida nesta ação é se as mercadorias importadas pela autora estão sujeitas ao pagamento de direitos *antidumping*. Em abril de 2020 a autora internalizou 160 tubos de aço importados da China, classificando essa mercadoria no NCM 7304.59.10. Ocorre que por ocasião de conferência física e fiscal, a mercadoria foi reclassificada para o NCM 7304.39.10, que por sua vez corresponde a produto abrangido por norma *antidumping*, o que levou à cobrança dos respectivos direitos. A diferença entre os numerais '3' e '5' na quinta casa da NCM diz respeito à composição da liga metálica do produto, que no primeiro caso corresponde a ferro ou aço não ligado e no segundo a outras ligas de aço. A reclassificação efetuada pela autoridade aduaneira se pautou em laudo técnico que analisou a composição da liga metálica de amostra dos tubos, que constatou que os artefatos são feitos de aço carbono não ligado, e não de aço carbono ligado, como declarado pela importadora⁴.

Ocorre que por meio da Resolução nº 65/2016, a Câmara de Comércio Exterior aplicou direito *antidumping* às importações brasileiras de tubos de aço carbono não ligado, sem costura, de seção circular, com diâmetro externo não superior a 374mm, originários da China, pelo prazo inicial de cinco anos a contar de 2016. E nos termos da reclassificação efetuada pela autoridade aduaneira, a mercadoria importada pela autora se enquadra na descrição do produto abrangido pela referida resolução. Conforme já mencionado, a diferença entre a classificação apresentada pela autora e a considerada pela autoridade aduaneira está na composição da liga metálica que compõe a mercadoria. A DI informa que os tubos são feitos de aço ligado, mas a análise química realizada em amostra dos produtos revelou que as peças são feitas de aço não ligado, conforme se depreende do seguinte trecho extraído do laudo:

Examinarmos a característica "sem costura" que se apresentou como tal e coletamos aleatoriamente 03 amostras, sendo para análise Química, Metalográfica e Ensaio de Tensão e Entalhe. As análises apresentaram-se como de aço baixo carbono e não ligado: C 0,08%, Si 0,23%, Mn 0,42%, P <0,015%, S < 0,015%, Cu 0,015%, Cr 0,03%, Ni 0,01% e Mo < 0,01% em

⁴ Laudo no Num. 44636808

conformidade com a Norma ASTM A106 Grau B que constava na DI. O exame metalográfico das amostras cortadas constataram tratar-se de matérias primas todas com estrutura ferrítica/perlítica e com sinais (impressão de Baumann) de Conformação Mecânica (a quente), porém sem poder definir o tipo de conformação, que o conhecimento industrial dita neste caso, de interface de diâmetro que poderia ser por laminação ou extrusão.

A autora não apresentou nenhum elemento que infirmasse a conclusão do laudo técnico no sentido de que os tubos são compostos de aço não ligado, e não de aço ligado, como consta na DI. Seu principal argumento contra a exigência dos direitos *antidumping* é o de que *"... inexistente fabricação de tal produto, ou mesmo similar no Brasil, motivo pelo qual não há que se falar em incidência do direito antidumping no produto importado"*.

Todavia, considerando que a ação não ataca o ato que definiu a aplicação das medidas *antidumping*, mas sim a adequação entre a mercadoria importada pela autora e o produto que é alvo dessa restrição, não há espaço para discutir os aspectos relacionados ao dano à indústria doméstica⁵, uma vez que essa questão já foi estabelecida no processo que instituiu o direito *antidumping*. Sim, pois a instituição de medidas *antidumping* depende da presença de três elementos: (i) importação a preço de *dumping*; (ii) dano à indústria doméstica e (iii) nexo causal entre a prática do *dumping* e o dano à indústria doméstica. Logo, o simples estabelecimento da medida *antidumping* faz presumir a existência de risco à indústria doméstica.

Também não procede a alegação de ausência do dano sob o argumento de que a mercadoria importada não tem fabricantes no Brasil. Tendo em vista que as medidas *antidumping* se prestam a restabelecer a competitividade da indústria doméstica frente aos concorrentes estrangeiros, seu principal campo de atuação está nos setores que contam com produtores locais. Tanto é assim que praticamente todas as investigações *antidumping* são deflagradas por produtores domésticos, e o caso dos autos confirma essa regra, pois a investigação que culminou na aplicação do direito *antidumping* aplicado aos tubos de aço não ligado produzidos na China foi iniciada a partir de provocação da fabricante Vallourec Tubos do Brasil S.A.

De mais a mais, a inicial busca fundamentar a alegada exclusividade da fabricação no fato de que a mercadoria foi produzida sob medida, mas não há

⁵ Conforme se extrai do guia "Investigações Antidumping" publicado pela Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público (SDCOM), versão consolidada em março de 2021 e disponível no endereço <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/publicacoes-secex/defesa-comercial-e-interesse-publico/arquivos/guia-antidumping.pdf>, *"Para fins de investigação antidumping, o conceito de indústria doméstica poderá ser distinto daquele de indústria nacional, uma vez que o termo 'indústria nacional' corresponde necessariamente à totalidade dos produtores nacionais do produto similar, enquanto a expressão 'indústria doméstica' pode corresponder a parcela inferior à totalidade dos produtores nacionais do produto similar, desde que esta constitua proporção significativa da produção nacional. Por essa razão, indicadores da indústria nacional (ex.: 'produção nacional') poderão diferir de indicadores da indústria doméstica (ex.: 'produção da indústria doméstica')"* — p. 60.

qualquer elemento que ampare a alegação de que a indústria doméstica não teria condições de fornecer os tubos segundo as especificações da autora. Tampouco o fato de os tubos serem revestidos com aletas de aço espirais dissipadoras de calor ampara a ideia de que se trata de mercadoria exótica, sem similar no Brasil, ou que esse detalhe torna o produto refratário à cobrança de direito *antidumping*. Especificamente quanto a esse último aspecto, o processo que instituiu a medida *antidumping* esclarece que os tubos objetos da investigação “... podem também ser revestidos ou não, ou seja, apresentam diferentes tipos de proteção de superfície, além de serem comercializados com diferentes tipos de acabamento de pontas”.

Por fim, cumpre anotar que o art. 570 do Código Aduaneiro (Decreto 6.759/2009) estabelece que o importador poderá efetuar o pagamento do direito *antidumping* que impede o prosseguimento do despacho independentemente de processo (§ 1º), sendo que a lavratura de auto de infração nos termos do Decreto 70.235/1972 se aplica na hipótese de apresentação de manifestação de inconformidade (§ 2º). No caso dos autos, os documentos que acompanham a inicial revelam que a autora não apresentou manifestação de inconformidade, de sorte que dispensável a lavratura de auto de infração.

Tudo somado, impõe-se o julgamento de improcedência do pedido.

III – DISPOSITIVO

Diante do exposto, julgo *IMPROCEDENTE O PEDIDO* extinguindo o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I do CPC.

Condeno a autora ao pagamento das custas e de honorários à ré, que fixo em 10% do valor atualizado da causa.

Sentença não sujeita ao reexame necessário.

Caso interposto recurso, intime-se a contraparte para contrarrazões e encaminhe-se o processo ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Publique-se. Intimem-se.

Transitada em julgado, dê-se baixa e archive-se.

Araraquara, 17 de novembro de 2022.

Juiz Federal MÁRCIO CRISTIANO EBERT

EXECUÇÃO FISCAL

5000436-69.2021.4.03.6125

Exequente: CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA DA 4ª REGIÃO

Executado: PEDRO FRANCISCO NUNES

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE OURINHOS - SP

Juiz Federal: CAIO CEZAR MAIA DE OLIVEIRA

Disponibilização da Sentença: DJEN 26/01/2023

SENTENÇA

Trata-se de exceção de pré-executividade oposta por PEDRO FRANCISCO NUNES em face do CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO, objetivando o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva na execução fiscal e da ilegalidade da cobrança (id 165496227).

Alega não possuir vínculo com o excepto, razão pela qual a cobrança seria indevida. Requer a anulação da penhora efetivada nos Autos.

Audiência de conciliação resultou infrutífera (id 262746218).

Instado a se manifestar, o Conselho pugnou pela rejeição da exceção. Sustenta que o excipiente esteve autorizado a exercer as atividades próprias de profissional da área e não promoveu seu desligamento do Conselho, razão pela qual estaria obrigado a pagar as anuidades (id 198634760).

Em nova manifestação, a excipiente requereu o reconhecimento da ilegitimidade passiva, tendo em vista não ter nem mesmo iniciado curso de graduação e não ter exercido atividade relacionada ao Conselho (id 241034109).

É o relatório. Passo a fundamentar e decidir.

A exceção de pré-executividade é meio de defesa que possibilita ao executado alegar matérias de ordem pública, e, portanto, que devem ser conhecidas de ofício, sem a necessidade de garantir o juízo, como precisaria fazer se opusesse embargos à execução fiscal (art. 16, §1º, da Lei nº 6.830/80).

Não admite, por seu caráter sumário, dilação probatória, sendo ônus do excipiente apresentar, de pronto, prova inequívoca capaz de abalar a presunção de certeza e liquidez de que goza a Certidão de Dívida Ativa, na esteira do parágrafo único, do art. 3º, da Lei de Execuções Fiscais. É que, havendo necessidade de produção de outras provas, a questão deverá ser discutida nos embargos à execução, nos termos do art. 16, § 2º, da Lei 6.830/80.

Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como se extrai da Súmula 393: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

É o que ocorre no caso presente, em que se alega a nulidade do título exequendo.

Da ilegitimidade passiva/Ausência de previsão legal sobre a cobrança de anuidade

No caso em exame, o excipiente alega ter interrompido os estudos após concluir a 4ª Série do Ensino Fundamental e não ter exercido atividade sujeita à fiscalização do Conselho exequente.

A excepta, por sua vez, sustenta existir vínculo, uma vez que o excipiente teria formalizado requerimento de seu registro em 09.04.2002 e não teria promovido seu desligamento. Juntou documentos (id 198634762).

A inicial foi devidamente instruída com a CDA nº 24198/2021, referentes às anuidades de 2016, 2017, 2018 e 2019 (id 48303045).

A exceção deve ser acolhida.

A República Federativa do Brasil tem como valores, dentre outros, “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (CRFB, artigo 1º, inciso IV). Entre os direitos fundamentais previstos no artigo 5º da CRFB está a liberdade de exercício de profissão, nos seguintes termos:

“é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”

A lei que estabelece as qualificações profissionais necessárias ao desempenho da atividade de Profissional de Educação Física é a Lei nº 9.696/1998, cujo artigo 2º prescreve:

Art. 2º Apenas serão inscritos nos quadros dos Conselhos Regionais de Educação Física os seguintes profissionais:

I – os possuidores de diploma obtido em curso superior de Educação Física oficialmente autorizado ou reconhecido pelo Ministério da Educação; (Redação dada pela Lei nº 14.386, de 2022)

II - os possuidores de diploma em Educação Física expedido por instituição de ensino superior estrangeira, revalidado na forma da legislação em vigor;

III - os que tenham comprovadamente exercido atividades próprias dos Profissionais de Educação Física até a data de início da vigência desta Lei, nos termos estabelecidos pelo Conselho Federal de Educação Física (Confef); (Redação dada pela Lei nº 14.386, de 2022)

IV - os egressos de cursos superiores de Tecnologia conexos à Educação Física, oficiais ou reconhecidos pelo Ministério da Educação, cujos eixos tecnológicos sejam direcionados às áreas de conhecimento abrangidas por esta Lei, conforme regulamentado pelo Confef. (Incluído pela Lei nº 14.386, de 2022)

No presente caso, é fato incontroverso que o excipiente é mestre de capoeira e concluiu apenas o ciclo primário de educação. Sua inscrição perante o

Conselho não poderia se subsumir, portanto, ao disposto nos incisos I, II ou IV, acima. E nem pode, como se verá, subsumir-se ao disposto no inciso III.

A redação do inciso III, transcrito acima, causa perplexidade. Se a razão de ser do Conselho é impedir que pessoas desprovidas da qualificação necessária exerçam atividades próprias dos Profissionais de Educação Física, como pode a legislação conferir ao Conselho a atribuição de autorizar o desempenho dessas atividades por pessoas que não tenham a qualificação devida?

A declaração de inconstitucionalidade do dispositivo não foi postulada nestes autos e a resolução da questão posta em Juízo não passa necessariamente pela declaração de inconstitucionalidade dessa norma. Passa, sim, pela declaração de ilegalidade da RESOLUÇÃO CONFEF nº 046/2002, com base na qual foi realizada a inscrição do excipiente nos quadros do Conselho excepto.

O artigo 1º da Resolução define o Profissional de Educação Física como especialista em atividades físicas “nas suas diversas manifestações”, entre as quais inclui capoeira, artes marciais, danças, atividades rítmicas, expressivas e até acrobáticas. Inclui o ioga, atividades de lazer e recreação. Não é necessária uma longa argumentação para concluir que a resolução contém uma ampliação claramente indevida do escopo da Lei nº 9.696/1998.

Ao caracterizar a roda de capoeira como mera manifestação de uma atividade física, a Resolução reduziu ilegalmente uma manifestação cultural secular do Brasil, elevada à categoria de patrimônio cultural imaterial da humanidade pela UNESCO, que envolve o toque de instrumentos musicais, cantigas e toda uma ética própria, a uma mera atividade física. E coloca sob a fiscalização do Conselho todo um grupo de mestres populares formados sob outros paradigmas, que não conduzem atividades de mera atividade física e nem têm formação em fisiologia, bioquímica e outros conhecimentos tão caros ao Profissional de Educação Física e tão desnecessários ao mestre de capoeira.

Compreende-se a razão de ser dos conselhos profissionais, cuja missão é exercer a fiscalização das profissões regulamentadas em lei a fim de evitar os potenciais danos advindos do desempenho dessas profissões por pessoas desprovidas dos atributos técnicos e/ou éticos para tanto. Não se pode admitir que operem, porém, como verdadeiras guildas ou hansas da Europa medieval, dada a adoção, pela República Federativa do Brasil, dos valores da livre iniciativa e do livre desempenho de atividades profissionais, salvo restrições previstas expressamente em lei.

Se o legislador ordinário optou por não submeter o mestre de capoeira a um regulamento profissional específico e a um Conselho de fiscalização, não cabe ao Conselho, por sua própria iniciativa, fazê-lo.

Em sentido semelhante, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir que os professores e mestres de danças, ioga e artes marciais não se sujeitam a inscrição nos Conselhos de Educação Física:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. PROFISSIONAL DE DANÇA (POLE DANCE). REGISTRO. ARTS. 2º E 3º DA LEI Nº 9.696/98. AUSENTE COMANDO NORMATIVO QUE OBRIGUE A INSCRIÇÃO DOS PROFESSORES E MESTRES DE DANÇAS, IOGA E ARTES MARCIAIS NOS CONSELHOS DE EDUCAÇÃO FÍSICA. SÚMULA 83/STJ.

1. Não é possível extrair dos arts. 2º e 3º da lei nº 9.696/98 comando normativo que obrigue a inscrição dos professores e mestres de danças, ioga e artes marciais nos Conselhos de Educação Física. Desse modo, estando o acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência desta Corte, incide o óbice da Súmula 83/STJ.

2. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, no sentido de que a atividade de um instrutor de pole dance está associada à dança e não à atividade física propriamente dita, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(STJ, Primeira Turma, REsp nº 1.602.901-RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 26/09/2017)

E o E. Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de decidir e esclarecer que o próprio legislador ordinário, ao colocar profissões sob regime regulatório, deve fazê-lo de modo razoável, quando a atividade tiver potencial lesivo à sociedade e, em razão desse potencial lesivo, reclamar regulação e fiscalização (STF, Plenário, RE nº 414.426-SC, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 01/08/2011).

A hipótese de incidência da exação consistente na contribuição ao Conselho Regional de Educação Física não abrange, portanto, a atividade desempenhada pelo excipiente, que jamais esteve sujeito à fiscalização do excepto. É irrelevante a existência de inscrição do excipiente junto ao Conselho, que não encontra guarida na Lei nº 9.696/1998 e deve ser tida como nula. Nula é, também, a CDA nº 24198/2021, que se ampara unicamente nessa irregular inscrição do profissional.

Nos termos da fundamentação, admito a exceção e, no mérito, acolho-a para declarar a nulidade da CDA nº 24198/2021 e determinar a extinção da presente execução fiscal com fulcro no artigo 924, inciso III, do Código de Processo Civil.

Condeno o Conselho excepto ao pagamento dos honorários advocatícios, ora fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da execução, nos termos do art. 85, §4º, III, do CPC/15, e ao pagamento das custas processuais finais.

Determino o levantamento da penhora de valores aperfeiçoada no ID 150550400. Após o trânsito em julgado, intime-se a parte executada a promover o levantamento dos valores.

Sentença não sujeita à remessa necessária.

Interposta apelação contra esta sentença, por qualquer das partes, ou interposta apelação adesiva pelo apelado, intime-se a parte contrária para, no prazo legal, querendo, apresentar contrarrazões (artigo 1.010, §§1º e 2º, do CPC/2015).

Decorrido o prazo para a apresentação das contrarrazões ou da manifestação, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, independentemente do juízo de admissibilidade (artigo 1.010, §3º, do CPC/2015).

Transitada em julgado, intime-se a parte exequente a promover o recolhimento das custas processuais finais em até quinze dias.

Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Ourinhos, na data da assinatura eletrônica.

Juiz Federal Substituto CAIO CEZAR MAIA DE OLIVEIRA

MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL 5000596-42.2022.4.03.6131

Impetrante: DAILTON MANUEL CORREA & CIA. LTDA - ME
Impetrados: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM BOTUCATU//SP,
UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP
Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE
Disponibilização da Sentença: DJEN 19/10/2022

SENTENÇA

Vistos, em sentença.

Cuida-se de ação de mandado de segurança, de natureza preventiva, impetrado por *DAILTON MANUEL CORREA & CIA. LTDA – ME* em face do *Ilmo. Sr. Dr. DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM BAURU/ SP*, e que tem por objeto a concessão de ordem mandamental que garanta à promovente o direito ao aproveitamento dos créditos de *PIS* e *COFINS* incidentes os valores pagos a título de serviço às administradoras de cartão de crédito e débito. Sustenta a inicial, am aptada suma, que, com o advento da *EC n. 42/03*, não só se elevou a sistemática da não-cumulatividade ao patamar da *Carta Política de 1988*, dando-lhe *status* de verdadeiro princípio informador da tributação pelo *PIS* e *COFINS*, como ainda esclareceu-se o campo de atuação possível do legislador infraconstitucional, decorrendo que ficou reservada ao poder legislativo ordinário unicamente a autonomia de definir os setores de atividade produtiva em que o *PIS* e a *COFINS* seriam não-cumulativos. Contudo, eleito determinado setor econômico, a aplicação do princípio da não-cumulatividade não poderia ser amesquinhada, mas sim efetivada em conformação com sua matriz constitucional. Que, ainda que o legislador ordinário tenha certa flexibilidade para estabelecer a não-cumulatividade para determinados contribuintes, utilizando como critério diferenciador o setor de atividade econômica, a concessão desta deve obedecer rigorosamente ao conteúdo constitucional ínsito a esse princípio. Que, segundo o critério da relevância e da essencialidade, os serviços de administração de cartões de crédito e débito são indispensáveis ao desengargo do objeto social da contribuinte, a enquadrar-se no conceito de insumo, tal como decorre das balizas delineadas pelo *C. STJ*, no âmbito do *REsp n. 1.221.170 – PR, sistemática dos repetitivos, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho*. Entretanto, a D. Autoridade Coatora restringe as possibilidades de utilização do crédito decorrente da não-cumulatividade, utilizando-se de argumentos inconstitucionais para tanto.

Medida liminar indeferida por meio da decisão que se encontra registrada sob o id n. 259988935.

Segue-se manifestação da *UNIÃO FEDERAL – FAZENDA NACIONAL* (id n. 261336698), requerendo seu ingresso em lide na qualidade de litisconsorte passiva.

Informações da autoridade impetrada registradas sob o id n. 261719719.

Parecer do Ministério Público Federal sob o id n. 262604629.

Vieram os autos com conclusão.

É o relatório.

Decido.

Preliminarmente, insta consignar, na linha do que já o fizera por ocasião da análise do pedido de liminar, que, ainda que a sede funcional da autoridade impetrada *não* concida com a do juízo, cumpre afirmar a competência jurisdicional do Juízo para o processo e julgamento da presente impetração, nos termos de iterativos precedentes: *STJ - AgInt no CC 153.878/DF, Primeira Seção, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA; TRF-3R - CC n. 50003028-36.2018.403.0000; Proc. n. 5000457-66.2017.403.6131*. Com tais considerações, *afirmo* a competência jurisdicional deste juízo para o processamento do *mandamus*.

Isto bem estabelecido, é de se *acolher* o protesto para a inclusão no feito, na qualidade de *litisconsorte passiva*, da *UNIÃO FEDERAL – FAZENDA NACIONAL*, conforme manifestação por ela protocolada sob o id n. 261336698. Da mesma forma, haverá necessidade de correção do polo passivo para que dele conste, corretamente, como autoridade impetrada, o *ILMO. SR. DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM BAURU/SP*. Oportunamente, encaminhem-se os autos ao *SEDI* para o processamento das alterações necessárias.

Ainda à guisa de preliminar, insta rechaçar a alegação de não conhecimento do *mandamus* com base na *Súmula n. 266 do C. STF*. Sobre esse ponto, recupero os fundamentos já expedidos por ocasião da decisão preambular, em que deixei consignado que, malgrado a impetrante teça considerações explicitamente abstratas acerca daquilo que poderá – ou deverá – ser a interpretação da autoridade impetrada quanto ao *conceito de insumo*, a repercutir sobre a órbita da sistemática da incidência não-cumulativa a que acredita estar subordinada, entendo, na linha daquilo que já ponderava alhures, admissível a impetração, porque a contribuinte comprova, com a inicial, que existe normatização interna, no âmbito da *RECEITA FEDERAL DO BRASIL* acerca da matéria aqui em debate. Refiro-me ao *art. 172 e seu § 2º da IN RFB n. 1.911/2019*, redigido nos termos seguintes:

“Art. 172. Para efeitos do disposto nesta Subseção, consideram-se insumos os bens ou serviços considerados essenciais ou relevantes, que integram o processo de produção ou fabricação de bens destinados à venda ou de prestação de serviços (Lei nº 10.637, de 2002, art. 3º, *caput*, inciso II, com redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004, art. 37; e Lei nº 10.833, de 2003, art. 3º, *caput*, inciso II, com redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004, art. 21).

(...)

§ 2º. Não são considerados insumos, entre outros:

(...)

VII - bens e serviços utilizados, aplicados ou consumidos em operações comerciais; e

VIII - bens e serviços utilizados, aplicados ou consumidos nas atividades administrativas, contábeis e jurídicas da pessoa jurídica" (g.n.).

Daí, conquanto veicule temática essencialmente interpretativa no plano abstrato da normatividade relativa à matéria em análise – *i. é*, não há nenhum ato concreto de autoridade já praticado a ser analisado, ou na iminência de sê-lo – entendo cabível a impetração em caráter preventivo, porque, segundo penso, a existência de instrução normativa interna vinculando a ação da autoridade fazendária confere densidade normativa concreta aos preceitos normativos impugnados pela impetrante, a satisfazer, em princípio, o requisito do interesse processual. Por tais razões é que entendo *cabível* a impetração, razão pela qual rejeito a preliminar suscitada pela autoridade impetrada.

Por fim, diga-se não medrar a preliminar de inadequação da via mandamental para a discussão aqui encetada, na medida em que – cediço – a discussão entabulada nos autos é *estritamente de direito*, prescinde de esclarecimento de fatos mediante instrução probatória, razão pela qual não há que se reconhecer a ausência de interesse processual para o *mandamus*. Com essas considerações, rejeito a preliminar.

Com tais considerações devidamente assentadas, encontro presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. Feito bem processado, contraditório preservado, partes legítimas e bem representadas, não há outras preliminares a decidir, nulidades a reconhecer, anulabilidades e/ ou irregularidades a suprir ou sanar. O *mandamus* está em termos de julgamento.

A impetração é desenganadamente improcedente.

A despeito, sempre, do máximo respeito e devida consideração que se deva render aos cultos e jurídicos fundamentos que substanciam a causa de pedir desenvolvida na impetração, subscrita por causídicos de notável saber jurídico, o certo é que, na linha do que se vem de argumentar desde a análise da postulação liminar, não há como vislumbrar, *in casu*, qualquer lesão ou ameaça a direito subjetivo da impetrante a justificar a concessão da ordem por ela postulada na preambular.

Conquanto inegável que a sistemática de *incidência não-cumulativa* tenha, de efeito, sido adotada pelo legislador constituinte para as contribuições sociais aqui em análise (*PIS/ COFINS*), não é de hoje que se vem entendendo que essa sistemática *não é absoluta e nem incondicional*, de molde a conferir-lhe eficácia em extensão tão ampla quanto a pretendida pela ora impetrante.

De início, será necessário dizer que é o próprio *Texto Constitucional* quem estabelece que o regime de não-cumulatividade relativo à tributação aqui em evidência será aplicado para os setores de atividade econômica definidos por lei,

o que significa dizer que haverá segmentos específicos para os quais remanesce – por conta de uma *opção política que pode ser validamente exercida* – a sistemática da *incidência cumulativa*. Essa opção legislativa, no caso, foi exercida, está expressa pela legislação que trata dessa matéria específica, a saber, as Leis n. 10.637/2002 e n. 10.833/2003, não decorrendo, ao menos para os efeitos que calham a uma análise preambular da pretensão, a conclusão de que este formato de incidência não-cumulativa possa ser interpretado da forma ampla como pretende a contribuinte, ou justifique a dedução indiscriminada e integral de valores na apuração do *PIS/COFINS*.

Nesse sentido, é firme a posição jurisprudencial cunhada no âmbito do E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, no sentido de que – ao contrário do que sustenta a ora impetrante – as inovações incorporadas ao art. 195, § 12 da CF por meio da EC n. 42/03, inauguraram um regime de *convivência* – e não *exclusividade* – entre a *sistemática cumulativa* e a *não-cumulativa*, valorizando as *opções meritórias* encampadas pelo legislador infra-constitucional e seus intérpretes administrativos, conforme o segmento de atividade econômica de que se trate. Nesse sentido, indico excerto de pedagógico precedente daquela E. Corte Regional:

“ (...)

- No mais, o regime da não cumulatividade, no caso das contribuições sociais, não comporta o mesmo tratamento dado, pela própria Constituição Federal, ao ICMS e ao IPI.
- A não cumulatividade prevista pelo constituinte originário referia-se à conexão de várias operações em que há a possibilidade de se excluir, da base de cálculo do imposto devido nas operações ulteriores, o imposto já recolhido nas anteriores, de forma a evitar a tributação em cascata ou sucessiva.
- Já a não cumulatividade instituída para as contribuições sociais, incidentes sobre a receita ou o faturamento, à evidência, não se refere ao ciclo de produção, mas tem em conta o próprio contribuinte, uma vez que a grandeza constitucionalmente definida como base de cálculo não constitui um ciclo econômico, mas um fator eminentemente pessoal, a saber, a obtenção de receita ou faturamento. Assim, diferentemente do que afirmam as agravantes, entendo que não se trata de delegação de competência condicionada.
- Conforme lições de Marco Aurélio Greco, “faturamento/receita bruta decorrerá de operações com mercadorias ou prestações de serviços, porém as próprias operações ou prestações não correspondem às realidades qualificadas pela Constituição, e pela própria legislação, para o fim de definir a respectiva incidência. Relevantes são a receita e o faturamento, eventos ligados à pessoa, e não às coisas objeto de negociação, nem às operações em si. De fato, a operação é negócio jurídico que se reporta à coisa, enquanto faturamento/receita diz respeito às pessoas”. (Substituição Tributária - antecipação do fato gerador, 2ª edição, Malheiros, p. 191).
- A Constituição Federal, em seu art. 195, § 12, com redação determinada pela Emenda Constitucional 42/03, prevê o regime da não cumulatividade, mas não estabelece os critérios a serem obedecidos, cabendo, portanto, à legislação infraconstitucional a incumbência de fazê-lo.

- As Leis 10.637/02 e 10.833/03 em momento algum preveem de forma explícita que a instituição da contribuição necessariamente deverá se dar com a utilização de créditos de despesas financeiras. Sendo tais os diplomas legais responsáveis pelo estabelecimento dos termos da não cumulatividade das contribuições em questão, não cabem as alegações tecidas. Simplesmente este é o regime legalmente delineado. Precedentes.

- Apelação desprovida”.

[TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 365857 - 0014548-81.2015.4.03.6144/SP, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 18/10/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/11/2017].

Malgrado se refira especificamente ao abatimento de créditos decorrentes de despesas financeiras, não há como olvidar que o precedente em análise deixa bem claro que o regime de não-cumulatividade constitucionalmente previsto não estabelece os critérios a serem obedecidos, cabendo essa tarefa às *normas de regência infra-constitucional*. No mesmo sentido, enfileiram-se diversos precedentes, todos na linha de que os setores de atividade econômica para os quais as contribuições serão não-cumulativas são definidos por legislação infra-constitucional, cabendo sua delimitação à opção política do legislador. Indico:

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. LEI 10.637/2002 E LEI 10833/2003. ALÍQUOTA DECRETO N.º 8.426/15. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. REGIME NÃO-CUMULATIVO. REGRAMENTO LEGAL. APELAÇÃO DESPROVIDA.

“1. Trata-se de apelação à sentença denegatória em mandado de segurança, impetrado com o objetivo de afastar a tributação do PIS/COFINS incidentes sobre as receitas financeiras, com as alíquotas de 0,65% (PIS) e 4% (COFINS) fixadas pelo Decreto nº 8.426/2015, ao fundamento de sua ilegalidade/inconstitucionalidade, devendo permanecer a alíquota reduzida a zero pelo Decreto nº 5.442/2005; com pedido subsidiário no sentido de garantir direito de apropriar-se dos créditos em relação às despesas financeiras incorridas, com base no princípio da não-cumulatividade do PIS/COFINS.

2. A exigibilidade das contribuições ao PIS e à COFINS, incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas no regime não-cumulativo, tem fundamento no art. 195, II, “b”, da CF na redação dada pela EC 20/98 e nas Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, respectivamente, com previsão da hipótese de incidência do tributo, base de cálculo e alíquotas. Portanto, incabível a alegação de ofensa à estrita legalidade (art. 150, I, CF), nem de delegação de competência tributária (art. 7º, CTN).

3. As Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003 instituíram o PIS/COFINS sobre as receitas financeiras definindo como base de cálculo o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pelas pessoas jurídicas no regime não-cumulativo, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, à alíquota de. Portanto, existe autorização constitucional e legal para 1,65% para o PIS e de 7,6% para a COFINS a incidência do PIS/COFINS sobre as receitas financeiras.

4. O Decreto nº 8.426/2015 encontra fundamento de validade no art. 27, § 2º, da Lei nº 10.865/2004 que autoriza o Poder Executivo a reduzir e

restabelecer as alíquotas do PIS e da COFINS sobre as receitas financeiras no regime não-cumulativo.

5. Descabida a alegação de majoração da alíquota do PIS/COFINS sobre as receitas financeiras no regime não-cumulativo. Não houve alteração superior à alíquota definida na Lei nº 10.637/2002 (PIS: 1,65%) e na Lei nº 10.833/2003 (COFINS: 7,6%). A instituição em lei de uma alíquota teto e a edição de decretos alterando tais alíquotas dentro das condições e limites legais, não constituem ilegalidade.

6. Desde a Lei nº 10.637/2002 o legislador imprimiu natureza extrafiscal às contribuições ao PIS e à COFINS ao autorizar o Poder Executivo a reduzir para zero e a restabelecer parcialmente a alíquota, incidentes sobre as receitas financeiras no regime não-cumulativo.

7. A finalidade da garantia inscrita no art. 150, I, da CF/88, exige lei em sentido material e formal para instituir ou alterar a norma tributária para aumentar a carga tributária. O que não ocorre na espécie em que, a partir de lei formal e nos respectivos limites de contenção, o decreto veio alterar a alíquota anterior, que havia sido reduzida a zero também por decreto presidencial, mantendo ainda a tributação reduzida.

8. A estrita legalidade inscrita no art. 150, I, da CF/88 exige lei formal para as hipóteses de instituição e de majoração de tributo, e não para a alteração de alíquota do tributo a patamares inferiores aos da lei.

9. Outrossim, a revogação do benefício na espécie, não institui ou modifica o tributo - não amplia a base de cálculo, não majora a alíquota do tributo nem amplia a gama de contribuintes - não se sujeitando, assim, à restrição prevista no § 6º do art. 150 da Constituição Federal.

10. Em relação à alegada majoração indevida de tributo, a finalidade da limitação ao poder de tributar encontra-se satisfeita, vez que o *quantum debeatur* da obrigação tributária encontra-se limitado a um montante previamente estabelecido, por força de lei.

11. Descabido o pedido sucessivo da recorrente, no sentido de que seja reconhecido o *direito subjetivo à dedução indiscriminada e integral de valores na apuração do PIS/COFINS, em respeito ao princípio da não-cumulatividade*.

12. *A não-cumulatividade do PIS/COFINS foi introduzida pelas Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, na forma do art. 195, § 12, da CF que autoriza a coexistência dos regimes cumulativo e não-cumulativo, na medida em que ao cuidar da matéria referiu, apenas, que a lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições serão não-cumulativas.*

13. A Lei nº 10.865/2004, ao revogar o art. 3º das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, deixou de prever a obrigatoriedade de descontos de créditos em relação às despesas financeiras, *no entanto não excluiu tal possibilidade, prevendo que o Poder Executivo, mediante critérios administrativos, permitirá o desconto de tais despesas financeiras, na forma prevista no caput do art. 27 da mesma lei; o que reforça a natureza extrafiscal das mencionadas contribuições.*

14. *Prevendo o § 12 do art. 195 da Constituição Federal que cabe à lei especificar quais despesas financeiras são passíveis de desconto no regime não-cumulativo, impõe-se afastar a pretensão de deduzir indiscriminada e integralmente os valores na apuração do PIS/COFINS, como quer a recorrente.*

15. *Apelação desprovida"* (g.n.).

[APELAÇÃO CÍVEL – SIGLA_CLASSE: ApCiv 5002618-69.2018.4.03.6113, TRF3 - 6ª Turma, Intimação via sistema DATA: 29/08/2019].

No mesmo sentido: TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS – APELAÇÃO CÍVEL - 369464 - 0004872-13.2016.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, julgado em 04/10/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/10/2017; TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 369879 - 0004492-90.2016.4.03.6002, Rel. JUIZA CONVOCADA DENISE AVELAR, julgado em 18/10/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/10/2017.

Aliás, em derredor da exata questão trazida a debate no âmbito do presente processo, qual seja, exclusão da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e à COFINS do serviço pago às administradoras de cartão de crédito e débito, há firme orientação jurisprudencial no âmbito do E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, pela negativa. Deveras, em que pese possam ser considerados inegáveis mecanismos de fomento às atividades empresariais do contribuinte, na medida em que se consubstanciam em ferramenta facilitadora de pagamentos e transações financeiras em geral, não podem ser considerados insumos, *stricto sensu*, uma vez que *não são indispensáveis ao exercício da atividade econômica explorada pela contribuinte*, de sorte que, rigorosamente, não está atendido o *critério da essencialidade* que informa o conceito tributário de *insumo*. Neste exato sentido, indico precedente específico, recentemente publicado pelo E. Tribunal:

AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS. PIS E COFINS. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO DOS SERVIÇOS DE CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. INSUMO. CREDITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

“1. São requisitos para a concessão da liminar em mandado de segurança, a relevância do fundamento e o *periculum in mora*.

2. A *controvérsia jurídica referente à exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS, de taxas/comissões pagas a administradoras de cartões de crédito/débito, já foi decidida por ambas as Turmas do E. Supremo Tribunal Federal*.

3. O valor da taxa de administração de cartão de crédito/débito constitui despesa operacional e integra a receita obtida pela pessoa jurídica com a venda do produto/serviço, ainda que tal percentual fique retido pela operadora no repasse dos valores da operação (RE nº 744.449-AgR/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

4. Os serviços de cartão de crédito e débito não se enquadram no conceito de insumo à luz do critério da essencialidade, pois não são indispensáveis ao exercício da atividade econômica explorada pela agravante, em que pese sejam inegáveis mecanismo de fomento às suas atividades e ferramenta facilitadora de transações financeiras e de pagamentos colocada à disposição dos consumidores e clientes em geral. Precedentes do STJ.

5. Não se presta à demonstração do requisito processual de *periculum in mora* a mera alegação de que a agravante está impossibilitada de tomar os créditos de PIS e COFINS que considera devidos, especialmente tratando-se de sistemática de apuração tributária à qual encontra-se submetida há anos.

6. A agravante não logrou demonstrar a plausibilidade do direito invocado, bem como o perigo da demora, consistente na possibilidade de ineficácia futura da decisão de mérito.

7. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

8. Agravo interno desprovido" (g.n.).

[AGRAVO DE INSTRUMENTO – SIGLA/ CLASSE: AI 5009543-82.2021.4.03.0000; TRF3 - 6ª Turma, Intimação via sistema, DATA: 28/09/2021].

No mesmo sentido:

MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DOS VALORES COBRADOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO. IMPOSSIBILIDADE. APELO DESPROVIDO.

"1. O artigo 195, I, "a", da Constituição Federal institui a contribuição para o financiamento da seguridade social sobre a receita ou o faturamento, este constituído pelo resultado das vendas de mercadorias, independentemente da entrada ou do efetivo pagamento do preço.

2. Pela detida análise das Leis nºs 10.637/02, 10.833/03 e 9.718/98, *não se verifica a exclusão das taxas de administração de cartões da base de cálculo do PIS e da COFINS. Se não há expressa previsão de exclusão, inviável a concessão do pleito.*

3. *De acordo com decisão do STJ, a Ministra Regina Helena Costa definiu a essencialidade como "o item do qual dependa, intrínseca e fundamentalmente, o produto ou o serviço, constituindo elemento estrutural e inseparável do processo produtivo ou da execução do serviço, ou, quando menos, a sua falta lhes prive de qualidade, quantidade e/ou suficiência". Na mesma esteira, definiu a noção de relevância como a qualidade "identificável no item cuja finalidade, embora não indispensável à elaboração do próprio produto ou à prestação do serviço, integre o processo de produção, seja pelas singularidades de cada cadeia produtiva".*

4. As definições balizadoras do julgamento paradigma não parecem espelhar a hipótese dos autos de que a taxa de administração de cartão de crédito se adegue ao conceito de insumo de modo a ampliar, sem base legal, a possibilidade de dedução tributária.

5. Apelação não provida" (g.n.).

[APELAÇÃO CÍVEL – SIGLA/CLASSE: ApCiv 5003358-23.2019.4.03.6103; TRF3 - 3ª Turma, Intimação via sistema DATA: 22/10/2021].

Até porque já se decidiu – *coerentemente* – que, em tema de aproveitamento de créditos para fins de declaração de compensação, é *descabida a interpretação analógica* ou extensiva, por incidência do que dispõe o art. 111, I do CTN, calhando essa interpretação, como não poderia deixar de ser, também para as declarações de compensação atinentes ao *PIS* e à *COFINS*. Nesse sentido:

"(...)

O disposto nas Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003 não pode ser interpretado extensivamente para assegurar à apelante o creditamento pretendido, *visto que as hipóteses de exclusão do crédito tributário tem*

interpretação literal e restritiva, não comportando exegese extensiva, à luz do art. 111, I, do CTN" (g.n.).

[TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 368503 - 0003812-05.2016.4.03.6100, Rel. JUIZA CONVOCADA LEILA PAIVA, julgado em 28/09/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/10/2017].

E tanto isso é verdade que se tem decidido que, *v.g.*, a edição dos arts. 37 e 21 da Lei n. 10.865/04, que revogaram, respectivamente, de forma expressa, o art. 3º, V, das Leis n. 10.637/02 e n. 10.833/03, são perfeitamente válidos, uma vez que efetivada por meio normativo adequado (lei), sem que se configure qualquer ofensa ao princípio da não-cumulatividade. Nesse sentido: *TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 360241 - 0021492-37.2015.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, julgado em 07/12/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/01/2017.*

Dáí, e conquanto necessário distinguir que, efetivamente, não possa haver paralelo entre o regime não-cumulativo de *IPI/ICMS* e o de *PIS/COFINS*, porque os fatos impositivos das respectivas hipóteses de incidência são completamente distintos, não há como pretender extrair, dessa circunstância apenas, que se haja adotado, para a incidência das contribuições aqui em questão uma sistemática de não-cumulatividade tão ampla a permitir, como aqui se pretende, se considere como insumo, nela contemplado, toda e qualquer despesa incorrida na persecução do objeto societário inexistindo tampouco possibilidade de, *verbis*: "(...) *extensão de regras que, pela exegese da regência normativa, com respaldo em jurisprudência, não são destinadas a tal setor econômico*" (Acórdão n. 5001951-55.2019.4.03.6111; Classe: APELAÇÃO CÍVEL – ApCiv; Relator(a): Desembargador Federal LUIS CARLOS HIROKI MUTA; TRF - TERCEIRA REGIÃO; 3ª Turma; Data: 25/03/2022; Data da publicação: 11/04/2022; Intimação via sistema DATA: 11/04/2022).

Entendemos, na linha dos precedentes, que, tomada por premissa, como já disse antes, a existência atual de um *regime de convivência* – e não de *exclusividade* – entre a *sistemática cumulativa* e *não-cumulativa* de incidência das contribuições sociais ora em análise, que se afigura *legítimo* o estabelecimento de restrições ou a imposição de certos limites ao alcance de determinados elementos e conceitos que constituem o aspecto material e/ ou quantitativo da hipótese de incidência, segundo as características, peculiaridades e vicissitudes de cada segmento econômico afetado pela tributação, seja por decorrência de imposição legal ordinária, seja por edição de ato normativo infra-legal de cunho interpretativo.

Exegese essa que, como se vem de argumentar, passa longe do amesquinamento ou barateamento dos dispositivos constitucionais aqui invocados pela impetrante, mas que, pelo contrário, podem validamente valorizar as opções políticas levadas a cabo pelo legislador ordinário.

É necessário que se compreenda que a escolha – ou *seleção* de quais serão os agentes econômicos sujeitos à sistemática de não-cumulatividade do *PIS/COFINS*, e consequentemente, a definição da amplitude ou extensão das hipóteses de tributação a ela sujeitas – compete ao legislador infra-constitucional e ao

administrador público, cada qual no âmbito de suas competências, no pleno e exclusivo exercício discricionário da *seletividade e distributividade* na prestação dos benefícios e serviços de seguridade social (art. 194, III da CF), não cabendo ao *Poder Judiciário*, arvorando-se em função típica de outros poderes, desconstituir ou reavaliar *decisões meritórias* exercidas dentro dos limites estabelecidos pela ordem constitucional. Nesse exato sentido, precedente extremamente lúcido do E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, assim ementado:

TRIBUTÁRIO. IPI. EMBALAGENS PARA ALIMENTOS. DECRETOS Nº 3.777/01 E Nº 8.950/2016. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. POSSIBILIDADE.

“1. As alíquotas do IPI podem ser majoradas a qualquer tempo, independentemente de lei, por ato do Poder Executivo, sem que isso implique violação ao princípio da legalidade, na forma do §1º do art. 153 da CF.

2. O grau de essencialidade, utilidade, nocividade e ociosidade do produto devem ser aferidos pelo Poder Executivo, segundo seu juízo político, não cabendo ao Judiciário imiscuir-se no mérito da norma, a menos que afronte as disposições legais e constitucionais.

3. Não há ofensa ao princípio da seletividade, tendo em vista que o produto cuja alíquota do IPI restou majorada consiste em embalagens plásticas para alimentos, de modo que o fato de um alimento ser considerado essencial não torna a embalagem que o acondiciona - a embalagem plástica, no caso - igualmente essencial.

4. A fixação de alíquotas diferenciadas para embalagens de produtos alimentícios, de acordo com material de que são confeccionadas, guarda relação com o propósito relacionado à política ambiental que visa a desestimular o uso de produtos que levam plástico em sua composição, em especial as embalagens, que costumam gerar maior impacto ambiental.

5. Apelação a que se nega provimento” (g.n.).

[ApCiv 5003236-66.2018.4.03.6128, Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, TRF3 - 3ª Turma, Intimação via sistema DATA: 26/11/2019].

Decorrencia do *establishment* constitucional que condiciona a ordem jurídica, as escolhas de mérito administrativo adotadas pelo legislador não podem ser simplesmente desfeitas ou desconsideradas pelo Estado-Juiz, razão pela qual não haverá como aceder ao argumento que se sustenta na petição inicial, visto que sua revisão, *implícita*, mas *necessariamente*, importaria a *reavaliação meritória* de hipóteses que deixaram de ser incluídas, pelo legislador infra-constitucional, no regime da não-cumulatividade. *Não prospera a impetração.*

DISPOSITIVO

Do exposto, e e considerando o mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTE o pedido contido na inicial do presente writ mandamental, com resolução do mérito da causa, na forma do art. 487, I do CPC. Nessa conformidade, DENEGO A ORDEM postulada. Custas, pelo impetrante. Sem honorários, nos termos das Súmulas n. 512 do STF e n. 105 do STJ. Oportunamente, ao SEDI para atendimento. Ciência ao Ministério Público Federal – MPF.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE