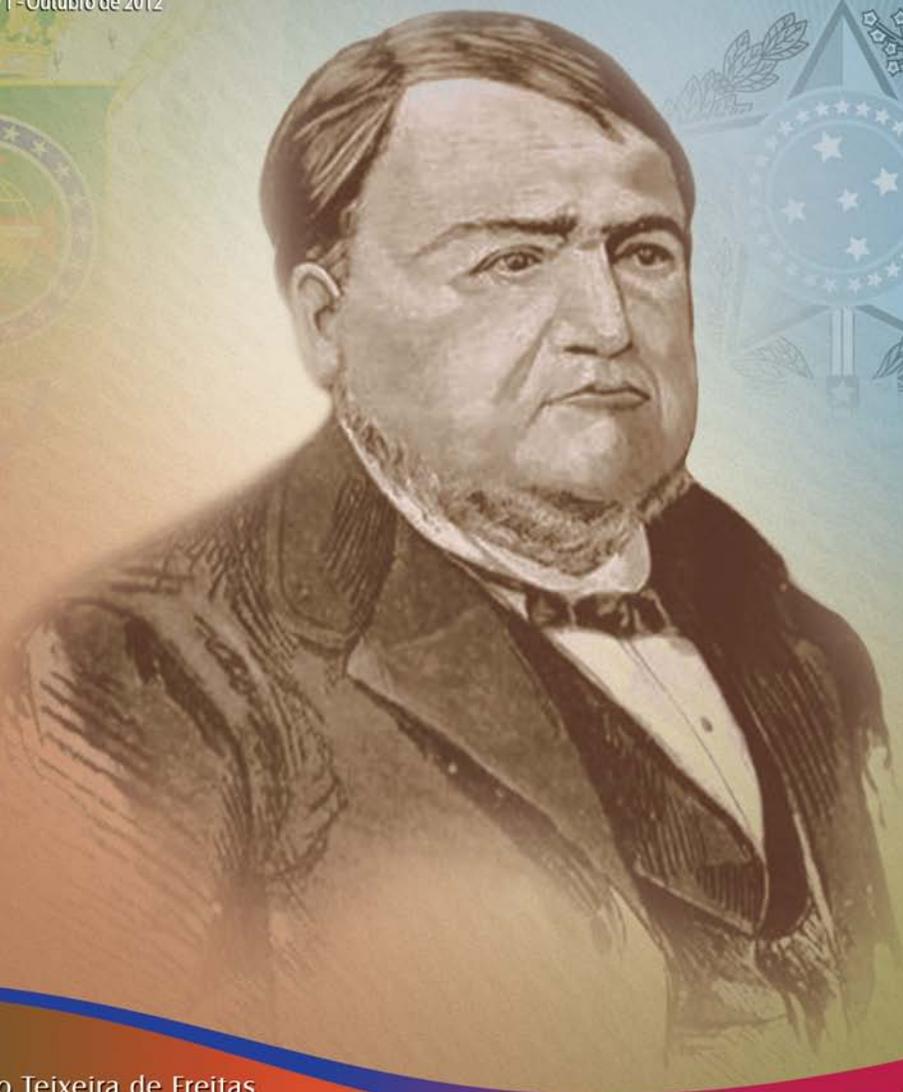


# REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO

Volume 16

Nº 1 - Outubro de 2012



Augusto Teixeira de Freitas  
Jurisconsulto do Império

  
**EMARF**



**REVISTA  
DA ESCOLA DA  
MAGISTRATURA REGIONAL  
FEDERAL DA 2ª REGIÃO  
EMARF**

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 16  
Outubro de 2012

---

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

Revista da Escola da Magistratura Regional Federal / Escola da  
Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região.  
N. 1 (ago. 1999)

Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2011 - volume 16, n. 1

Irregular.

ISSN 1518-918X

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura Regional  
Federal.

CDD: 340.05

---

## **Diretoria da EMARF**

### **Diretora-Geral**

Desembargadora Federal Liliane Roriz

### **Diretor de Estágio**

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

### **Diretor de Publicações**

Desembargador Federal José Antonio Neiva

### **Diretor de Cursos e Pesquisas**

Desembargador Federal Luiz Paulo Araújo

### **Diretor de Intercâmbio e Difusão**

Juiz Federal Convocado Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

## **EQUIPE DA EMARF**

José Ricardo de Almeida Horta - Assessor Executivo

### **Rio de Janeiro**

Carlos José dos Santos Delgado

Carlos Roberto de Assis Lopes

Clarice de Souza Biancovilli Mantoano

Diana Cordeiro Franco

Edith Alinda Balderrama Pinto

Leila Andrade de Souza

Liana Mara Xavier de Assis

Luciana de Mello Leitão

Luiz Carlos Lorenzo Peralba

Luzinalva Tavares Marinho Joaquim

Marta Geovana de Oliveira

Thereza Helena Perbeils Marchon

### **Espírito Santo**

Jaqueline Guioti Dalvi

Livia Peres Rangel

Soraya Bassini Chamun

---



---

## Conselho Editorial

**Alberto Nogueira**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal aposentado, Brasil

**Alberto Nogueira Jr.**, Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Aluísio Gonçalves de Castro Mendes**, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Américo Augusto Nogueira Vieira**, Universidade Federal do Paraná, Professor Adjunto de Direito, Advogado no Rio de Janeiro e no Paraná, Brasil

**Américo Bedê Freire Jr.**, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Ana Paula Vieira de Carvalho**, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

**André Ricardo Cruz Fontes**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Artur de Brito Gueiros de Souza**, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

**Caio Márcio Gutterres Taranto**, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Carlos Guilherme Francovich Lugones**, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Carmem Tiburcio**, Advogada, Brasil

**Celso de Albuquerque Silva**, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

**Daniel Antônio de Moraes Sarmento**, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

**Eugênio Rosa de Araújo**, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Guilherme Calmon Nogueira da Gama**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Guilherme Couto de Castro**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Gustavo Sampaio Telles Ferreira**, Universidade Federal Fluminense, Professor, Brasil

**Helena Elias Pinto**, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

**Jane Reis Gonçalves Pereira**, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

**Leonardo Greco**, Advogado, Brasil

**Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva**, Justiça Federal da 2ª Região, Juíza Federal, Brasil

**Firly Nascimento Filho**, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Flávio de Oliveira Lucas**, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

---

**Luís Greco**, Advogado, Universidade da Alemanha, Alemanha

**Luiz Antonio Soares**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Luiz Paulo da Silva Araújo Filho**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Marcus Abraham**, Procuradoria Regional da Fazenda, Brasil

**Marcus Lívio Gomes**, Justiça Federal 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Nadia de Araújo**, Procuradoria de Justiça - MPRJ, Assessoria de Recursos Constitucionais, Brasil

**Paulo Cezar Pinheiro Carneiro**, Procurador de Justiça aposentado, Advogado, Brasil

**Paulo Freitas Ribeiro**, Advogado, Brasil

**Poul Erik Dyrland**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Reis Friede**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal, Brasil

**Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva**, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha**, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Rodolfo Kronenberg Hartmann**, Justiça Federal da 2ª Região, Juiz Federal, Brasil

**Rodrigo de Souza Costa**, Advogado, Brasil

**Rogério Dultra dos Santos**, Universidade Federal Fluminense - UFF, Brasil

**Salete Maria Polita Maccalóz**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargadora Federal, Brasil

**Sérgio D'Andrea Ferreira**, Tribunal Regional Federal 2ª Região, Desembargador Federal aposentado, Brasil

**Silvana Batini César Góes**, Procuradoria Regional da República 2ª Região, Brasil

**Theophilo Antonio Miguel Filho**, Justiça Federal 2ª Região, Brasil

---

## **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**

### **Presidente:**

Desembargadora Federal MARIA HELENA CISNE

### **Vice-Presidente:**

Desembargador Federal RALDÊNIO BONIFÁCIO COSTA

### **Corregedor-Geral:**

Desembargador Federal ANDRÉ FONTES

### **Membros:**

Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS  
Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO  
Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA  
Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER  
Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ  
Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND  
Desembargador Federal REIS FRIEDE  
Desembargador Federal ABEL GOMES  
Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES  
Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO  
Desembargadora Federal LILIANE RORIZ  
Desembargadora Federal LANA REGUEIRA  
Desembargadora Federal SALETE MACCALÓZ  
Desembargador Federal GUILHERME COUTO  
Desembargador Federal GUILHERME CALMON  
Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO NEIVA  
Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO  
Desembargadora Federal NIZETE LOBATO RODRIGUES CARMO  
Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO  
Desembargador Federal GUILHERME DIEFENTHAELER



---

# SUMÁRIO

---

## ARTIGOS

- FLORESTA URBANA ..... 13  
André R. C. Fontes
- A FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS E SUA IMPORTÂNCIA PARA O SISTEMA CONSTITUCIONAL .. 25  
Cassio Murilo Monteiro Granzinoli
- AS CONTRIBUIÇÕES PIS E COFINS SOBRE RECEITAS DE IMPORTAÇÃO E AS  
ESPECIFICIDADES DO BENEFÍCIO FISCAL DO FUNDAP/ES ..... 47  
Daniel de Carvalho Guimarães
- DIREITO PRIVADO À LUZ DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO ..... 65  
Fábio Anderson de Freitas Pedro
- SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E LIMITE DO  
CONTROLE DO PODER ..... 81  
Fábio Cesar dos Santos Oliveira
- REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E CONSELHOS DE MEDICINA ..... 99  
Guilherme Calmon Nogueira da Gama
- A INCIDÊNCIA DA COFINS E DO PIS SOBRE OS JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO ..... 121  
Luiz Norton Baptista de Mattos
- A INTERPRETAÇÃO APLICATIVA DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA ..... 135  
Marcus Livio Gomes
- PATENTES PIPELINE: UMA ANÁLISE SOBRE OS DISPOSITIVOS PERTINENTES DA  
LEI 9.279/96 ..... 173  
Pedro Marcos Nunes Barbosa
- A CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE MENORES E O  
JULGAMENTO DO PEDIDO DE GUARDA PELA JUSTIÇA ESTADUAL ..... 229  
Wilney Magno de Azevedo Silva

## JULGADOS

- APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO ..... 241  
**1ª Turma Especializada**  
Previdenciário. Desaposentação. Possibilidade de Renúncia à Aposentadoria. Efeitos *ex nunc*.  
Cômputo do tempo de contribuição posterior à jubilação. Inteligência do art. 18, §2º, da  
Lei 8.213/91. Concessão de novo benefício mais vantajoso. Desnecessidade de devolução  
dos proventos recebidos. Verba de caráter alimentar. Processo Nº 2011.50.01.002127-3

APELAÇÃO CÍVEL .....	257
<b>2ª Turma Especializada</b>	
Propriedade Industrial. Colidência. Marca Condor. Reprodução Indevida. Perdas e danos. Processo Nº 2006.51.01.504750-7	
REMESSA EX OFFICIO E APELAÇÃO CÍVEL .....	267
<b>3ª Turma Especializada</b>	
Tributário. Imposto de Renda Retido na Fonte. Remessa de Numerário ao Exterior. Pagamento de Afretamento de Plataformas Móveis. Lei Nº 9.481/97. Isenção. Enquadramento no Conceito de Embarcação. Honorários. Processo Nº 2008.51.01.007040-8	
APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA .....	283
<b>4ª Turma Especializada</b>	
Constitucional e tributário – mandado de segurança - aposentadoria do desembargador relator na pendência de julgamento suspenso por pedido de vista – artigos 143, § 1º, e 161 do ritrf-2ª região – IRF e CIDE - remessa ao exterior dos valores relativos à prestação de serviços de telefonia internacional – tráfego sainte – isenção tributária – Constituição e Convenção da União Internacional das Telecomunicações (UIT) – regulamento de Melbourne – Decreto Legislativo nº 67/98 e Decreto Presidencial nº 2.962/99 – artigo 98 do CTN - inexistência de declaração incidental de inconstitucionalidade de qualquer dispositivo federal a determinar a afetação do julgamento ao plenário na forma do artigo 97 da Carta Magna e do artigo 481 do CPC. Processo Nº 2004.51.01.024414-4	
APELAÇÃO CÍVEL .....	311
<b>5ª Turma Especializada</b>	
Administrativo. Ação Civil Pública. Serviços de telefonia. Cobrança de tarifa interurbana. Áreas locais distintas do mesmo município. Resolução nº 373/2004 da ANATEL. Recurso desprovido. Processo Nº 2003.51.07.000683-0	
APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO .....	323
<b>6ª Turma Especializada</b>	
Ação Civil Pública. MPF. Defensoria Pública da União. Assistência judiciária. Políticas públicas. Judiciário. Separação de Poderes. Processo Nº 2008.51.16.000588-4	
AGRAVO DE INSTRUMENTO .....	333
<b>7ª Turma Especializada</b>	
Processo Civil. Agravo de Instrumento. Penhora via BACEN-JUD. Dinheiro em depósito ou aplicado em instituição financeira. Primeiro lugar na ordem de penhora. Lei 11.282/06. Ato material de execução. Função que não se encontra no âmbito da magistratura. Processo Nº 2011.02.01.015889-8	
APELAÇÃO CÍVEL .....	343
<b>8ª Turma Especializada</b>	
Administrativo - Processual Civil - Ex-combatente - Pensão especial. Art.53, II do ADCT e Lei 5059/90 – Pensão estatutária – Dependente - Ato nulo. Processo Nº 2004.51.01.022465-0	

---

# Artigos



---

# FLORESTA URBANA

---

*André R. C. Fontes*

*Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo) e Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ*

**RESUMO:** A relação equilibrada entre a ordenação do espaço urbano e a conservação do meio ambiente, mediante progressiva arborização da cidade e a integração de espécies animais, contribui para formar um novo conceito, o de ecossistema urbano, e a compreensão de um ramo do conhecimento denominado Floresta Urbana. As proposições que moldam o conteúdo dessa teoria mesclada de Urbanismo e Ciências Ambientais conduzirão, sob diferentes enfoques, a um modo de influir na temperatura, na oxigenação do ar, na atenuação de ruídos, além de embelezar, oferecer frescor e projetar sombras, de modo a fornecer elementos à Economia Ambiental e de promover e incrementar o bem-estar do agregado humano.

**PALAVRAS-CHAVE:** Espaço verde – Floresta urbana – Árvore urbana – Arborização – Vegetação arbórea – Ecossistema urbano – Meio ambiente urbano – Cidade verde

Os diferentes aspectos da organização do espaço urbano e a regularidade de seu desenvolvimento são objeto de estudo de muitas ciências. A relação entre a ordenação do território e a conservação do meio ambiente é um processo permanente para alcançar a repartição racional de homens, bens e serviços em uma área na qual a degradação ambiental representa, a toda evidência, o resultado mais nitidamente ofuscante de um progresso econômico descontrolado.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Salomon de Padron, Magdalena. *Aspectos jurídicos de la ordenación del territorio: sua âmbito y médios de accion*. Caracas: Editorial Jurídica Venezuelana, 1977. P. 68.

No pensamento dos estudiosos continua a dominar a linha de demarcação rígida e firme do objeto de cada ramo do conhecimento. Pode-se notar que se estrutura o raciocínio de modo a que descobrimentos destruam a raiz de velhas concepções e, dessa forma, um ramo mais geral do conhecimento segue em seu amadurecimento e passa de fases inferiores de seu desenvolvimento para chegar a sua fase superior. A unificação de todos os conhecimentos gerados forma um sistema único, no qual se considera o objeto de estudo e as concepções gerais sobre o novo conhecimento.<sup>2</sup>

Essa tendência teórica da ciência para dirigir-se ao particular revelou, nos anos 60, uma tomada de consciência para o emprego de critérios realistas, e não apenas pitorescos ou românticos das árvores, arbustos, prados e flores como exigência do equilíbrio, da higiene, do lazer no ambiente urbano. A arborização, dentro ou próxima de uma área urbana, como forma de influir na temperatura, na oxigenação do ar, na atenuação de ruídos, a despeito de oferecer frescura e projetar sombras, além de embelezá-la, destina-se a preencher uma específica função atribuída a esses espaços verdes.<sup>3</sup>

Dentre as mais variadas perspectivas, tem especial importância o enfoque aplicado por um ramo próprio do conhecimento da floresta, não de uma distante perspectiva estética, vazia quanto ao equilíbrio ambiental, mas para explicar a essência dos fenômenos da recomposição do temperamento, da reconstituição da tranqüilidade e até do equilíbrio psicológico dos habitantes da *urbe*, quer dizer, com um novo fundamento metodológico e com um específico objeto.<sup>4</sup>

A base conceitual dessa forma de conhecimento, diante de uma dificuldade própria do pensamento para estabelecer a denominação, considera *Floresta urbana* como o aspecto mais primário sobre o que existe a respeito da matéria, ou mesmo seus componentes secundários, ou derivados. Mas, a despeito do específico enfoque no estado das coisas, desvirtua-se o vocábulo na sua função enunciativa, porque a palavra *floresta* não é utilizada para designar, no Brasil, a *arborização*, mas, tão-somente, as florestas nativas e aquelas plantadas, como ocorre com a

---

<sup>2</sup> Freitas, Renan Springer de. *Sociologia do conhecimento*. São Paulo: Edusc, 2003. P. 185.

<sup>3</sup> Alonso Velasco, J.M. *Ciudades y Espacios Verdes*. Madri: Ministério de La Vivenda/Servicio Central de Publicaciones, 1971. P. 87.

<sup>4</sup> Silva, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. P.306.

Floresta da Tijuca, na Cidade do Rio de Janeiro.<sup>5</sup> Resolveria acertadamente a questão, a partir do termo arborização, associado ao adjetivo *urbano*, se a frequência e a prática não reduzissem a palavra *arborização* aos critérios decorativos e de ornamento das vias públicas, ou mesmo algumas de suas mudanças quantitativas.<sup>6</sup>

A característica geral desse conhecimento resolveria, acertadamente, a questão arbórea na cidade, seja da árvore em sua unidade, seja de árvores agrupadas com certa proximidade ou não. A variedade quantitativa desestimula as intervinculações objetivas do fenômeno arbóreo com a noção de floresta. Desse modo, as fontes internas do desenvolvimento da novel disciplina *Floresta Urbana* encontraria divergências qualitativas das formas da matéria, e freqüentemente reduziria o seu desenvolvimento, o seu aperfeiçoamento, as suas mudanças.<sup>7</sup>

A estender-se o conhecimento da vegetação arbórea a uma forma de ciência particular, a idéia de sua primeira formação, de cariz socioeconômico, pareceria condicionar, em definitivo, a sua atuação e a gerar uma influência inversa na sua eficácia ecossistêmica. Deve-se notar que o agrupamento natural de seres humanos, não obstante os esforços de impulsionar o aumento de moradias e, portanto, da área tomada pelo tijolo e pelo cimento, não deve significar uma primazia do componente social sobre a questão ambiental.<sup>8</sup>

Na literatura, está bem caracterizada a existência de um conteúdo, apesar do defeito original do termo floresta para *Floresta urbana*, e da debilidade que essa locução leva, como já assinalado, para significar as árvores de rua ou mesmo uma única árvore, rigorosamente individualizada, e como seu nome próprio permitiria não somente fomentar um singular trabalho de pesquisa, como a individualizar os elementos que a comporiam, e, com isso, analisar, sintetizar, abranger, tanto o geral como o único, o individual como o múltiplo, sempre na perspectiva ecossistêmica urbana. Quer dizer, na medida das transformações mais complexas, da ascensão

---

<sup>5</sup> Morellato, Patrícia C.; Leitão Filho, Hermógenes F.. *Ecologia e preservação de uma floresta tropical urbana*. Campinas: Editora da Unicamp, 1995.

<sup>6</sup> Para uma compreensão dos debates sobre *Floresta Urbana* cf. Luís Mauro Sampaio Magalhães. *Floresta e Ambiente*. Janeiro de 2006. P. 23-26.

<sup>7</sup> Sobre a promoção do desenvolvimento sustentável dos assentamentos humanos cf. José Carlos Barbieri. *Desenvolvimento e meio ambiente*. 7ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2005. P. 100.

<sup>8</sup> *Idem*. P. 101

das escadas do desenvolvimento, esse conhecimento marcaria o seu crescimento contínuo, sua integralidade e, portanto, deverá se posicionar como outra ciência.<sup>9</sup>

Em todo movimento científico imperam as idéias sobre a terminologia, sobre seu conceito e sobre seu conteúdo. A concepção de uma árvore isolada ou em pequenos grupos salvaguardaria, ao menos, a idéia de um conjunto arbóreo em determinado espaço urbano. Numa época na qual carecemos de posições mais avançadas sobre ecossistemas florestais urbanos, um marco científico nos diferentes aspectos dos estudos ambientais, relacionados à cidade, já constituiria a base de uma argumentação para a criação de uma nova disciplina.<sup>10</sup>

O estreito nexos entre a arborização ou a floresta no centro da atenção de um novel ramo do conhecimento formula outras questões igualmente importantes, dentre as quais, o vínculo com outras ciências relacionadas ao ambiente da cidade, como o Urbanismo. A relação recíproca entre as ciências determina a arquitetônica geral de todo o conhecimento científico. E o exame de questões de tal gênero nos conduz a analisar os distintos possíveis enfoques, e as bases nas quais se poderiam resolver os mais variados problemas.<sup>11</sup>

E tudo isso se refere ao conteúdo de uma nova disciplina, a *Floresta Urbana*, porque semelhantes problemas não poderiam ser tratados simplesmente como uma questão ambiental da *urbe*, ou um problema dos espaços verdes, que o urbanista deverá tratar. Considerar a *Floresta urbana* como algo íntegro, como uma ciência única da arborização, a da floresta na cidade impedirá seu desmembramento dentre outros ramos do conhecimento, com os perigos de exposição de obstáculos diversos daqueles que a construção mental de sua integridade inicial e do caráter concreto da sua atuação destacariam.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Conforme diz De Tocqueville, o espírito humano tem mais facilidade para inverter idéias do que palavras. Nesse sentido vale síntese de Jay Rumney e Josep Maier, no *Manual de Sociologia*. Trad. de Octavio Alves Velho. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1961. P. 161.

<sup>10</sup> Sobre o particular e o genérico cf. Miguel Reale, *Introdução à Filosofia*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1994. P. 41. Os fundamentos da ciência encontrados neste trabalho estão resumidos na obra *Filosofia da Ciência*, de Mário Ribeiro Martins. Goiânia: Oriente, 1979.

<sup>11</sup> Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. *Introdução ao direito ecológico e ao direito urbanístico*. 2ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1977. P. 23.

<sup>12</sup> Cf. Luís Mauro Sampaio Magalhães, *op cit.*

Uma teoria mesclada de *Urbanismo* e das *Ciências Ambientais*, ou a perspectiva de uma ciência ambiental aplicada à cidade não encontra o domínio e a concentração inevitável de convergir distintos conceitos. Carecem de precisão os partidários de uma versão ambiental ou urbanística exclusiva. Somente o domínio de um conteúdo próprio é que permitirá chegarmos a um conceito de cidade como sistema de ações ambientais urbanas significativas, e a assinalar o caráter científico de uma equação sociedade/natureza levando-se a um rol ativo do sujeito gerador do problema ambiental a um rol passivo de sujeito receptivo de um efeito negativo de um problema ambiental.<sup>13</sup>

É inegável que essas proposições surgem de um conjunto de distintas ciências justapostas, mas a realidade é que, isoladas entre si, essas disciplinas não apresentam respostas que resultem do contexto urbano e da sua grande complexidade, especialmente de um urbanismo mais desenvolvido, como marco e também como meio de uma vida social que se requer cada vez mais igualitária.<sup>14</sup>

Em alguns países mais desenvolvidos, que seguem padrões conscienciosos e espontâneos sobre a arborização da cidade, e que estabelecem determinados objetivos para alcançá-los, considera-se que nada mais são do que florestas nativas que se situam dentro do período urbano. O desenrolar da intercomunicação entre as ciências serve como introdução de outras mais particulares e mais complexas, e muitas vezes distante de aspectos de uma e de outra, com certo entrelaçamento cultural, que somente será tratado pelo isolamento de algumas idéias para alcançar a realidade de um objeto.<sup>15</sup>

A história humana é complexa e apresenta aspectos múltiplos nas considerações sobre a intercomunicação científica. Um deles, certamente, é o de que as leis do desenvolvimento social orientam-se na complicada trama da migração do campo para a cidade. Se sociedade mais desenvolvida difere, em qualidade e quantidade, do desenvolvimento da natureza, as coisas numa e noutra têm diferentes conseqüências e indispensáveis

---

<sup>13</sup> Fernandez, Roberto. *La ciudad verde Teoría de la gestión ambiental urbana*. Buenos Aires: Espacio Editorial, 2000. P. 208.

<sup>14</sup> Satamaria, Juan Manuel. *El cinturón verde de Segovia Arboles para una ciudad*. Segovia: Imprenta del Adelantado. P. 15.

<sup>15</sup> Hannigan, John. *Sociologia Ambiental*. Trad. de Annahid Burnett. Petrópolis: Vozes, 2009. P. 38.

influências recíprocas. Tem-se a impressão de que o movimento humano de aceleração e crescimento das cidades destina-se a satisfazer as necessidades básicas materiais de habitação, trabalho, lazer e bem-estar. Queiramos ou não, essas necessidades obrigam a todos a entrar em contato com a natureza. Na cidade, o homem, como ser dependente do meio-ambiente, encontra a necessidade de mitigar os efeitos solares, aumentar a disponibilidade da água, mitigar a poluição química e sonora, além de outros fatores que não são, na maioria das vezes, contabilizados num primeiro momento, como o simples atrair pássaros e outras espécies que interajam e reflitam o bem-estar de um agregado humano.<sup>16</sup>

A explicação da consciência de que os traçados urbanos dependem de uma arborização faz com que, sob o ponto de vista das idéias, das opiniões, das crenças, numa palavra, tudo aquilo que representa o conteúdo vital na sociedade urbana compreende o emprego sensível de árvores ou de áreas verdes, não como uma forma de enriquecimento da estética local, mas, sobretudo, de exigência de um novo salto para o desenvolvimento urbano.<sup>17</sup>

No vertiginoso torvelinho dos acontecimentos históricos de migração, chocam-se e atingem o rubro das paixões os locais onde se situam a mais peculiar das opções urbanas: a área arborizada. Aqueles movimentos populacionais, que atuam no incremento da urbanização, conhecem e distinguem as áreas providas de uma biomecânica arbórea. E, em esforço conjunto, traça o desenho urbano, e, também, sustenta seus riscos naturais, com medidas de prevenção e de proteção.<sup>18</sup>

O incremento do espaço urbano que se traduz em uma categoria de ações concretamente realizadas impõe igualmente deveres, como o de uma deliberada plantação de árvores pela cidade. E diagnósticos conduzem a recomendações a respeito da árvore e do espaço que a circunvizinha, de modo que sejam convertidos em um campo com múltiplas facetas e operações.<sup>19</sup>

Admitamos que o termo floresta se restrinja apenas às áreas de florestas nativas ou replantadas que se situam dentro ou próximas ao

---

<sup>16</sup> Coulanges, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 116. Sacarrão, Germano da Fonseca. *Bio-ecologia da água*. Lisboa: Secretaria de Estado do Urbanismo e Ambiente, 19982. P. 15.

<sup>17</sup> Velasco, J.M. *Ciudad y espacios verdes*. Madri: Ministerio de la Vivienda, 1971. P. 11.

<sup>18</sup> Mumford, Lewis. *A cidade na História*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1965. P. 15. Giménez, Teresa Vicente. *Justiça ecológica y protección del medio ambiente*. Madri: Trotta, 2002, p. 217.

<sup>19</sup> Boix Gene, Jose. *Aspectos Urbanismo*. Barcelona: Ediciones Ceac, 1967. P. 103.

perímetro urbano. E que somente por meio dessas florestas haveria um tipo de interação com populações de animais e todos os fatores bióticos que atuassem nessas comunidades. O emprego de técnicas urbanas expansivas, a gerar a ocupação de áreas marcadas por suas condições naturais, a provocar uma substituição de florestas nativas por novas formas de convivência com o homem, poderia alterar o ecossistema, mas dificilmente impediria outro de se formar. Então, porque as árvores na cidade, plantadas a partir do emprego de técnicas urbanas, capazes de criar um próprio ecossistema misto com o concreto, não seriam capazes de também um próprio ecossistema provocar, o que poderia ser sintetizado numa considerada noção de ecossistema urbano?

Se um ecossistema é uma fração da biosfera terrestre, delimitada naturalmente, de modo a que animais e vegetais se relacionem entre eles e com o ambiente que os circunda, as interações recíprocas dos organismos ou elementos não vivos que caracterizem algum equilíbrio dinâmico numa dada comunidade, mesmo estruturada em fragmentos ou árvores descontínuas, são capazes de gerar e manter no tempo certa estabilidade. A composição predominante de elementos não vivos na cidade apenas realçará o caráter aberto desse tipo de ecossistema, mas não enuncia apenas uma opinião limitada ou meramente subjetiva sobre o assunto. E uma negação dessa verdade objetiva retiraria a presença, clara e plena, de significados para pássaros, esquilos, micos, pavões e plantas no ambiente urbano. Nesse plano é significativo o fato de que a cidade sempre desencadeou algum tipo de *habitat* para uma série de espécies, e o avanço da urbanização serviu para que formas de existência de uma série de animais e plantas representassem a dita realidade moderna. A arborização mostra a inquebrantável força da verdade objetiva de hospedar o conteúdo mais complexo de todos os conceitos e concepções tratados neste texto.

Essa construção de ecossistema oferece um significado de correspondência com a realidade urbana, com a característica de ser aberta, especializada, artificial, e, a despeito dos baixos níveis de biodiversidade que possa significar, estará mais resistente aos ataques tradicionalmente desferidos aos ecossistemas naturais. Não obstante a presença humana, e a urbanização crescente, a interpretação específica, mas completa e adequada da estrutura urbana, tanto mais injustificada do ponto de vista

ambiental, avançará na realidade e no conhecimento pleno e último do meio ambiente urbano.

A urbanização desempenha um grande papel no desenvolvimento da sociedade moderna. Reunindo colossais recursos, seria ela capaz de suportar a ausência continuada de arborização nas cidades? Pois bem, a transformação da cidade como mola interna do desenvolvimento de um país não pode se revelar em contradição, na qual a urbanização e o aumento da arborização sejam realidades antagônicas e inconciliáveis. E esse ponto resulta claro na idéia de que os efeitos renovadores dos movimentos urbanos alteram-se em proporção com a busca da qualidade de vida assentada numa reação ambiental.<sup>20</sup>

A grande cidade e o grau extraordinariamente elevado de conscientização das funções arbóricas criam condições para uma nova ordem ecossistêmica, que não conhece unicamente o concreto e o aumento populacional, mas, também, o desenvolvimento regular das áreas verdes, em proveito da própria sociedade. A multiplicação das riquezas que a *urbe* oferece está associada à intensificação de um significativo sistema de ações destinadas a conciliar a árvore e o concreto. E esse movimento crescente alarga-se e ganha força com os estudos da *Economia Ambiental*, que traduz a idéia de diferença de preço de um edifício numa área arborizada, e outro em área não arborizada.<sup>21</sup>

No domínio da Economia, um aparente antagonismo entre a árvore e a construção manifesta-se sob a forma de não-exclusão mutuamente vantajosa na divisão do espaço urbano, bem como na solução dos problemas gerais da cidade, sem ocultar o seu verdadeiro caráter de um novo ecossistema, ao qual parece ao futuro pertencer.<sup>22</sup>

O traço da crise enfrentada pela floresta nativa e pelo agravamento causado pelas fronteiras urbanas, longe de significar o seu desmoronamento, o seu esmagamento completo, está a tornar-se, de forma cada vez mais evidente, o fim do tratamento desigual entre a transição para a vida urbana e derrubamento das florestas, e o triunfo da degradação. A esfera

---

<sup>20</sup> Mausbach, H. *Introducción al urbanismo*. Trad. de Antonio Munné e Carlos Spieler. Barcelona: Editorial Gustavo Gili, 1973. P. 124.

<sup>21</sup> May, Peter H.. *Economia do meio-ambiente*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. P. 5.

<sup>22</sup> Kerry Turner, R.; Pearce, David W.; Bateman, Ian. *Economia Ambientale*. Trad. de Agostino Pastorello e Sergio Pastorello. Bolonha: Il Mulino, 2003. P. 47.

biológica criada dentro do espaço urbano consiste exatamente na tentativa de equilibrar a inevitável expansão urbana e os novos ecossistemas desencadeados.<sup>23</sup>

A etapa atual da crise ambiental altera a mudança de correlação das forças no cenário ecológico, e caracteriza-se pela proporção e ou não-contradição entre árvore e cidade, tal qual se entendeu, *mutatis mutandis*, com a noção de ecossistema marcado pela presença de uma população agrícola, os chamados *agroecossistemas*.<sup>24</sup>

A consciência e o grau de organização pretendida na arborização da cidade não parece ser menor do que a dirigida a toda biosfera terrestre. A idéia da transição de um mundo urbano por excelência exercerá sobre a noção de floresta uma influência que a fará integrar-se à idéia de alteração semântica e renovação conceitual. Os espaços verdes terão uma forma superior e ajustada à nova realidade do meio-ambiente interado, na criação de uma nova ordem ecossistêmica, não desintegrada na vida humana, com uma profunda compreensão dos seus objetivos imediatos e finais. E a compreensão que nos é fornecida pela idéia de uma *Floresta urbana* deixará de andar às cegas à procura de um caminho científico e ordenado.<sup>25</sup>

Unir o movimento urbano com a idéia da arborização integradora de um ecossistema misturado, que preveja soluções para obstáculos que possam surgir, demanda a mobilização de estudiosos para vencer dificuldades e estudos dirigidos sobre o tema. E esse novo ramo do conhecimento regerá, com a perspectiva própria de suas peculiaridades, os problemas que as outras áreas de estudo contíguas não conseguem resolver.<sup>26</sup>

São precisamente essas ingentes tarefas criadoras de um tipo particular de pensamento, pensamento que ditará a necessidade básica de reequipar todo universo conceitual da floresta com um novo conceito, o conceito para um ecossistema urbano, artificial, planejado e misto, que permitirá alcançar um meio-ambiente sustentável, em benefício do bem-estar de toda a população.<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> Auzelle, Robert. *Chaves do urbanismo*. trad. Joel Silveira. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972. P. 19.

<sup>24</sup> May, Peter H.. *Op. cit.* P. 245.

<sup>25</sup> Cf. Magalhães, Luís Mauro S. para uma compreensão do significado da Floresta Urbana, *op. cit.*

<sup>26</sup> Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. *Introdução ao direito ecológico e ao direito urbanístico*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1977. P. 15.

<sup>27</sup> Sobre mudança conceitual e realidade v. Marcelo Gantus Jasmin e João Feres Júnior. *História dos conceitos*. Rio de Janeiro: Loyola, 2006. P. 25.

## URBAN FOREST

**ABSTRACT:** The balanced relationship between the urban space arrangement and the environmental conservation, by progressive afforestation of the city and the integration of animal species, contributes to a new concept, the concept of urban environment, and to branch of knowledge known as Urban Forest. The propositions that shape the content of this theory - a mix of Urbanism and Environmental Sciences - will lead to differing ways to influence the temperature, the air oxygenation, the noise reduction and embellishment, providing freshness and also making shadows, giving elements to the Environmental Economy, promoting and increasing the human aggregation welfare.

**KEYWORDS:** Green area – Urban forest – Urban tree – Afforestation - Tree vegetation - Urban Ecosystems - Urban environment – Green city

## BIBLIOGRAFIA

- AUZELLE, Robert. *Chaves do urbanismo*. Trad. de Joel Silveira. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972.
- ALONSO VELASCO, J.M. *Ciudades y Espacios Verdes*. Madri: Ministério de La Vivenda/Servicio Central de Publicaciones, 1971. P. 87.
- BARBIERI, José Carlos. *Desenvolvimento e meio ambiente*. 7ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2005.
- BOIX GENE, Jose. *Urbanismo*. Barcelona: Ediciones CEAC, 1967.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Trad. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- FERNÁNDEZ, Roberto. *La ciudad verde Teoría de la gestión ambiental urbana*. Buenos Aires: Espacio Editorial, 2000.
- GIMÉNEZ, Teresa Vicente. *Justicia ecológica y protección del medio ambiente*. Madri: Trotta, 2002.
- HANNIGAN. John. *Sociología ambiental*. Trad. Annahid Burnett. Petrópolis: Vozes, 2009.
- KERRY TURNER, R; PEARCE, David W.; BATEMAN, Ian. *Economia ambientale*. Trad. para o italiano do original inglês por Agostino Patorello e Sérgio Pastorello. Bolonha: Il Mulino, 2003.
- MAGALHÃES, Luis Mauro Sampaio. *Floresta Urbana*. Floresta e ambiente. Janeiro de 2006. P. 23-26.
- MARTINS, Mario Ribeiro. *Filosofia da Ciência*. Goiânia: Oriente, 1979.
- MORAN, Emílio F.; Ostrom, Elinor. *Ecossistemas florestais*. São Paulo: Edusp, 2009.

- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- MAUSBACH, H. *Introducción al urbanismo*. Trad. de Antonio Munné e Carços Spieler. Barcelona: Editorial Gustavo Gili, 1973.
- MORELLATO, Patrícia C.; LEITÃO FILHO, Hermógenes F. *Ecologia e preservação de um floresta tropical urbana Reserva de Santa Genebra*. Campinas: Editora da Unicamp, 1995.
- MUMFORD, Lewis. *A cidade na história*. Trad. de Neil R. da Silva. Belo Horizonte: Itatiaia, 1965.
- SACARRÃO, Germano da Fonseca. *A bio-ecologia da água*. Lisboa: Secretaria de Estado do Urbanismo e Ambiente, 1982.
- SALOMON DE PADRON, Magdalena. *Aspectos jurídicos de la ordenacion del território: su ámbito y médios de acción*. Caracas: Editorial Juridica Venezuelana, 1977.
- SÁNCHEZ GARCÍA, Mariano. *Et alii. Actas del 9º Congreso de Arboricultura*. Barcelona: Asociación Española de Arboricultura, 2005.
- SANTAMARÍA, Juan Manuel. *El cinturón verde de Segovia Arboles para uma ciudad*. Segovia: Imprenta El Adelantado, s/d.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- Direito Ambiental Constitucional*. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.



---

# *A FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS E SUA IMPORTÂNCIA PARA O SISTEMA CONSTITUCIONAL*

---

*Cassio Murilo Monteiro Granzinoli*

*Juiz Federal na 2ª Região*

RESUMO: O autor investiga (analisa) a função e a importância dos princípios no sistema constitucional. Assim, da forma como ele entende, todas as situações cotidianas não podem ser resolvidas apenas com (com o uso das) as regras, mas é essencial a função dos princípios, principalmente para a interpretação e solução dos “hard cases” (casos difíceis).

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Princípios e regras. Interpretação. Casos difíceis.

## **1. CONCEITO, ORIGEM E NATUREZA JURÍDICA**

Os princípios jurídicos<sup>1</sup> gozam de especial importância na interpretação e integração da Constituição, o que em última análise estará interligado com a própria efetividade das normas constitucionais. Para chegarmos a essa conclusão é preciso, antes do mais, fazer uma incursão histórica que remonta ao seu surgimento, passando por sua formulação e evolução, até chegar aos dias atuais, em que os princípios jurídicos se situam no cume mais alto do ordenamento jurídico.

---

<sup>1</sup> Adotaremos, no presente trabalho, como sendo sinônimas as expressões “princípios jurídicos” e “princípios gerais do direito” por entendermos não haver diferença substancial entre ambos, mas, ao contrário, que ambos se confundem numa interpretação atual. Em outra oportunidade aprofundaremos essa discussão.

Nada fácil é a tarefa dos que tentam traçar um delimitação, um traçado de linhas, no dizer de Hart<sup>2</sup>, sobre o termo *princípio*, a começar por sua origem.

Pelo que se tem conhecimento, a palavra “princípio”, no campo jurídico, foi usada inicialmente pelos romanos. Cícero, por exemplo, utilizava a expressão *principium iuris*. Também no Direito Romano se utilizava a expressão *regula iuris*, que pela definição de Strakosch, citado por Fernando Barbero, muito se aproxima da definição de *princípios*. Para Strakosch<sup>3</sup>, as regras (*regula iuris*) possuem uma natureza “fixadora” do Direito, colaborando na sua própria conservação.

Princípio, como já o diz o próprio nome, é o que vem antes, em primeiro lugar. E, na verdade, assim acontece com os princípios jurídicos: são eles que servem de marco para qualquer análise interpretativa, inclusive das regras. São eles que servem de base para o início do processo interpretativo e também para a formação do próprio Direito. Como fonte do Direito desempenham funções de integração de lacunas, de interpretação e como fundamento do próprio Direito<sup>4</sup>.

## **2. AS VÁRIAS ACEPÇÕES DO TERMO SEGUNDO RICCARDO GUASTINI**

Riccardo Guastini, professor de Filosofia do Direito da Universidade de Gênova, aponta as diversas acepções que a palavra *princípio* pode adquirir, as quais passamos a discriminar<sup>5</sup>:

1) Princípio como sinônimo de norma (ou disposição legislativa que exprimem normas) dotada de elevado grau de abstração;

2) A expressão é também utilizada como normas dotadas de “um alto grau de indeterminação” e que, por isso, requerem concretização mediante interpretação, ou seja, para serem aplicadas aos casos particulares dependem de interpretação;

---

<sup>2</sup> HART, Herbert L A *O Conceito de Direito*, Calouste Gulbenkian, 3ª edição, Lisboa.

<sup>3</sup> “Der Konservativismus und das Recht”, apud *Fernando Barbero*, “*Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*”. Editorial Dykingon, S. L., Madrid, 1987, p. 112.

<sup>4</sup> A essa tríplice função Margarida B. Rojo acrescenta “la justiciabilidad directa de los principios; function em virtud de la cual se nos permitiría recurrir cualquier acto jurídico (excepto, claro está, los que tengan rango de ley formal y el principio no tenga rango constitucional) que haya sido dictado desconociendo el valor que em él se proclama”. *In Los Principios Jurídicos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997.

<sup>5</sup> Baseado na citação feita por Paulo Bonavides in *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 12ª edição, 2002, p. 230-231

3) Outro uso dos princípios feito pelos juristas, conforme o prof. R. Guastini, é como sendo disposição normativa de conteúdo programático;

4) Uma quarta hipótese é a de utilização do termo como “dispositivos que exprimem normas”, vale dizer, são normas que estão em elevado patamar na hierarquia das fontes do Direito;

5) Os juristas usam a expressão para se referir a normas que possuem uma fundamental importância no sistema jurídico, político ou em determinado subsistema do Direito;

6) Por fim, princípio é usado para identificar normas que são voltadas para os inúmeros órgãos de aplicação com a função de fazer a escolha dos dispositivos aplicáveis aos diversos casos.

### **3. A JURIDICIDADE DOS PRINCÍPIOS**

A questão da juridicidade dos princípios irá atravessar três fases diferentes: a fase jusnaturalista, a fase positivista e a fase pós-positivista, conforme preleciona Paulo Bonavides. Manuel Atienza, professor do Instituto de Filosofia de Direito da Universidade de Alicante também aponta uma evolução histórica dos princípios, embasando-se na concepção de Perelman.

Não se pode afirmar que essas fases ou concepções sejam estanques, imutáveis; ao longo do tempo discussões irão se travar ainda dentro de cada uma delas, como poderemos ver.

#### **A POSIÇÃO DE HANS KELSEN E SEU EMBATE COM JOSEF ESSER**

Kelsen não é partidário da divisão – que de certa forma é predominante na atualidade – das normas em princípios e regras. Os princípios, segundo o inesquecível autor, não são espécies de normas jurídicas; aliás, sequer integram os princípios o ordenamento jurídico positivo, eis que são, para Kelsen, instrumentos que influenciam na formação do Direito, mas que não são parte deste.

Os princípios, nessa visão, em regra são aqueles referentes à Moral, à Política, ou ao Costume. Irão influenciar o Direito – Kelsen não nega essa

possibilidade em momento algum -, mas não podem servir de fundamento de validade ao Direito e em particular à decisão judicial.

Assim, no exemplo por ele citado, o princípio político da divisão dos poderes<sup>6</sup> pode influenciar o legislador na instituição de diferentes órgãos de administração para as funções do legislativo, ou seja, para a produção de normas jurídicas, mas não é, ele próprio, norma jurídica.

Vale transcrever aqui, por melhor exprimir o pensamento do autor, suas próprias palavras sobre esse poder influenciador que possui os princípios, mas que por isso só não os erigem à categoria de normas jurídicas. Assim aduz Kelsen:

*“Como princípios do ‘Direito’ podem-se indicar os princípios que interessam à Moral, Política ou Costume, só enquanto eles influenciam a produção de normas jurídicas pelas competentes autoridades do Direito. Mas eles conservam seu caráter como princípios da Moral, Política ou Costume, e precisam ser claramente distinguidos das normas jurídicas, cujo conteúdo a eles corresponde. Que eles são qualificados como princípios de ‘Direito’, não significa - como a palavra parece dizer - que eles são Direito, que eles estejam ‘positivados’, i.e., sejam partes integrantes do Direito positivo. ‘Positivado’, quer dizer, Direito positivo são, pois, somente certas normas que ordenam específicos atos de coação, e essas são criadas de uma forma determinada mesmo pelo Direito. Somente o assim determinado conceito de Direito pode ser separado do conceito de Moral e do conceito de Política e uma tal separação é da maior importância, considerada a partir de um ponto de vista econômico-conceitual”*

Esses princípios, pois, seriam os motivos do legislador, do juiz, do administrador. Não são, porém, de observância obrigatória do ponto de vista jurídico, posto que “não tem o caráter de normas jurídicas”.

Buscando argumento de autoridade em Josef Esser, Kelsen procura justificar suas proposições sobre a não normatividade dos princípios. Nesse objetivo, passa a reproduzir trechos da obra de Esser (*Grundsatz Und Norm*

---

<sup>6</sup> No Brasil esse é um princípio erigido a patamar constitucional e não se pode, ainda que se desejasse, albergar essa posição Kelseniana, afirmar que seja um princípio não positivado.

<sup>7</sup> Kelsen, Hans. Teoria Geral das Normas, Sérgio A. Fabris Editor, Porto Alegre, 1986, p. 148. Referida obra foi publicada após a morte de Kelsen, com a colaboração de seu discípulo e amigo Rudolfo A. Métall, que fez um metucioso trabalho de análise e organização dos escritos do autor que resultaram na presente obra.

*in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen, 1956*), como o seguinte: “para o pensamento jurídico continental, a diferença entre princípio e norma é de extenso e maior alcance do que a distância entre princípio e regra (*principle and rule*) para o pensamento da *Common-law*”. E tira daí Kelsen suas próprias conclusões, em seguida: “se existe uma diferença entre ‘princípio’ e ‘norma’, princípio não pode ser norma. Também o título de seu livro *Grundsatz und Norm* implica esta diferença.”<sup>8</sup>

Esser, citado por Kelsen, afirma que um princípio passa a ser considerado princípio de “Direito” a partir do momento em que for “institucionalmente materializado por atos jurídico-formativos do Legislativo, da Jurisprudência ou da vida jurídica.”

Apesar da crítica de Kelsen e dessa posição anteriormente citada de Esser de que os princípios se tornam de “Direito” quando forem “institucionalmente materializados”, o próprio Esser afirma em outra passagem que mesmo antes de “institucionalmente materializados” podem os princípios ser considerados como integrantes do Direito Positivo. Não há como não transcrever esse trecho da obra de Esser (o próprio Kelsen o fez): “Direito positivo, ainda que proposições jurídicas não-autônomas, prontas (*rules*), são as chamadas idéias jurídicas gerais, as *rationes legis*, as proposições fundamentais de valoração e os princípios de construção de um sistema, mas também os princípios ético-jurídicos de Justiça de um círculo do Direito fora de seu sistema dogmático - todos, tanto quanto possam conseguir validade nas formas concretas do ordenamento. Além disso, eles são guias (*guides*) ou *principi informatori* para os órgãos jurídico-formativos como o são todas as máximas e regras transmitentes de soluções de problema, que encarnam experiência judicial”.<sup>9</sup>

A crítica de Kelsen é a de que Esser, ao afirmar que os “princípios” influenciadores do Direito são “Direito Positivo”, confunde e mistura dois conceitos distintos. Aponta ainda Kelsen que não é exata a posição de Esser na parte em que entende que a “Doutrina do Direito” possa estabelecer atos jurídico-formativos, já que para Kelsen tais atos são “atos de vontade” - que podem colocar em vigor ou excluir do âmbito de validade as normas jurídicas -, ao passo que a posição da doutrina são “atos de conhecimento”, não do querer - daí só poder descrever relações entre normas jurídicas.

---

<sup>8</sup> *Op. cit.* p. 149.

<sup>9</sup> *Op. cit.* p. 150.

Essa “positivação” dos princípios é chamada de “Teoria da Transformação”, de Esser. Segundo ele, existem normas jurídicas que são na verdade princípios ético-políticos “transformados”. É um meio-termo a que tenta chegar, um denominador comum entre a corrente do Direito Natural e o Positivismo Jurídico.

Kelsen refuta totalmente essa hipótese, mesmo porque sua posição é mais radical nesse ponto, entendendo haver uma total separação entre Direito e Moral e Direito e Política, por exemplo.<sup>10</sup> Kelsen, em outra passagem chega a afirmar que é completamente irrelevante para a validade de uma norma jurídica se uma decisão judicial, p. ex., corresponde a uma norma Moral ou do Direito Natural, “pois ela também vale se lhe não corresponde”.

Em nota ao pé da página 214 (citação feita por Kelsen), Esser diz que “a tarefa apresentada ao juiz tem de permitir uma decisão conforme pontos de vista da Justiça e adequação à causa judicial...”<sup>11</sup>. Kelsen contesta com veemência essa assertiva, propugnando que não há como delimitar o que seja esse “ideal de justiça”: “que ideal de justiça? o do capitalismo-individualista ou do socialista-coletivista?”

De fato, de toda a discussão travada entre Kelsen e Esser, não se pode deixar de concluir a força dos argumentos de ambos. Sem dúvidas, por exemplo, que do ponto de vista estrito do Direito Positivo que uma decisão judicial terá validade ainda que não reflita um anseio da Moral. Decerto que o “ideal de Justiça” é algo aberto e abstrato, de difícil apreensão e complementação. Todavia, creio que não é preciso que um princípio esteja literalmente expresso em uma norma jurídica (direito positivo, para Kelsen) para ser considerado um princípio de “Direito”. Há inúmeros princípios que podem ser hauridos do ordenamento jurídico mesmo sem que haja previsão literal a seu respeito. O princípio da divisão dos poderes, por exemplo, citado por Kelsen como “princípio político” (ver supra), é na verdade um princípio jurídico que pode ser haurido de qualquer Constituição que albergue um Estado Democrático de Direito.

---

<sup>10</sup> Para Kelsen, “a norma jurídica, cujo estabelecimento corresponde a uma norma da Moral por a norma jurídica receber o conteúdo que a norma da Moral prescreve, precisa ser diferenciado da norma da Moral - assim como urge distinguir o Direito em geral da Moral *in totum*, tanto mais que a *validade* de uma norma jurídica - também a validade da norma jurídica cujo conteúdo corresponde àquele de uma norma moral - é totalmente independente da validade da norma moral.”

<sup>11</sup> *Op. cit.* p. 155

Bastaria que em um tal texto constitucional houvesse a previsão de competências privativas a órgãos (Poderes) e distintas - executiva, legislativa e judiciária - para que se pudesse daí haurir o princípio da divisão (*rectius*, separação ou interdependência) dos poderes. Na Constituição Brasileira de 1988, *v.g.*, se fosse excluído o art. 2º, que apregoa que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” e se fossem mantidas as demais proposições constitucionais sobre a competência de cada Poder, não há quem pudesse afirmar, aqui ou alhures, que o princípio da separação dos poderes não é, entre nós, um princípio jurídico, um princípio de “Direito”.

No que pertine à crítica de Kelsen sobre o caráter abstrato da Justiça, em que pese ser verídica, *lato sensu*, sua proposição, não é menos certo que a justiça das decisões pode ser melhor aferida no caso concreto e de acordo com o contexto histórico-social, pois o conceito de justiça não pode ser considerado o mesmo em períodos históricos distintos e em contextos sociais diversos. É razoável que haja variação nessa definição, desde que mantida certa lógica e certa coerência. Nesse sentido são, dentre outros, as posições de Perelman. L. A. Hart, Rawls.

A se avançar ainda nessa argumentação, de mais fácil aceitação a tese da normatividade dos princípios se se entendê-los como sendo - tal qual grande corrente atual analisada neste trabalho -, assim como as regras, espécies de normas jurídicas. Em outras palavras, se considerarmos que o gênero “norma jurídica” é composto de duas espécies, “princípios” e “regras”, da mesma forma que o gênero humano se divide, em sentido lato, nas espécies homem e mulher, de muito mais fácil apreensão fica sendo considerar que os princípios são dotados de força normativa.

Para isso, todavia, é preciso superar essa posição de Kelsen de que um princípio só integra o Direito se “positivado”. A “positivação” pode ocorrer sem que o seja de forma expressa, mas de forma tal que, de uma maneira ou de outra, possa-se extrair do ordenamento jurídico como um todo que a vontade desse ordenamento foi de agasalhar em seu seio tal ou qual princípio, conforme já esposado anteriormente ou, indo além, se o aplicador do Direito utiliza princípios que ainda não integravam até então a ordem jurídica, mas que representam valores importantes para determinada comunidade. Assim Margarida Beladiez Rojo: “Una

vez que em una determinada sociedad se há consolidado la idea de que la soberanía reside em el pueblo, parece lógico que el Derecho se fundamente em sus convicciones jurídicas, pues es de la comunidad de donde surge todo el poder jurídico. Los principios jurídicos serán así los valores jurídicos propios de esa sociedad”.<sup>12</sup>

Superando-se, pois, essa posição de Kelsen, sem embargo para nós equivocada nesse particular, é muito mais razoável adotar-se a tese de que os princípios e as regras são espécies do gênero norma jurídica e que, portanto, são “princípios de Direito”. Ressaltamos, todavia, que mesmo a posição de Esser, apesar de já ser um avanço em relação à concepção kelseniana, ainda não se afastou completamente do positivismo, pois segundo o autor alemão os pensamentos gerais só podem ser transformados em princípios positivos pelo próprio legislador que os incorpora como *ratio* de suas instituições e pela jurisprudência quando os aplica a um caso concreto.<sup>13</sup>

## **ORIGEM HISTÓRICA E AS CONCEPÇÕES DE PERELMAN SEGUNDO MANUEL ATIENZA**

A Escola de Exegese, que praticamente dominou o pensamento jurídico Continental até 1880, caracterizou-se pelo uso da linguagem da lógica no Direito e na adoção do método de subsunção, caracterizado pelo uso do silogismo.

Por esse raciocínio o juiz se preocupava apenas em saber se suas decisões eram de acordo com o Direito (*rectius*, Direito Positivo), sem levar em conta o aspecto da justiça, as conseqüências ou mesmo o caráter de razoável de suas posições e decisões.

A outra vertente de aplicação e interpretação do Direito, que surgirá em contraposição à Escola de Exegese, irá enfatizar o caráter teleológico, funcional e sociológico do Direito.

Segundo Manuel Atienza, em excelente incursão no pensamento de Perelman sobre a argumentação e a retórica, o Direito é um meio usado pelo legislador para atingir certos fins (estatais, sociais) e não, tal qual a

---

<sup>12</sup> ROJO, Margarida Beladiez. *Los Principios Jurídicos*. Ed. Tecnos, Madrid, 1997. p. 29

<sup>13</sup> *idem*. p. 44-45

Escola da Exegese preconizava, “um sistema mais ou menos fechado que os juízes devem aplicar, utilizando métodos dedutivos”. Nessa linha, o juiz não deve simplesmente usar os métodos lógico-dedutivos para chegar à sua decisão. Deve, ao revés, procurar atingir os fins pretendidos pelo legislador e, para tal, ver-se-á na contingência de usar certos argumentos, como os raciocínios a pari, a contrario, teleológico.

A partir de 1945, todavia, com a triste experiência vivenciada por conta do regime nacional-socialista, uma nova concepção de raciocínio jurídico ganhará proeminência e, com ela, os princípios gerais de direito adquirirão particular importância. De fato, com a tópica haverá uma maior aproximação entre o direito anglo-saxão e o sistema jurídico continental, com acentuação dos poderes concedidos ao juiz, que deverá usar o Direito para busca de concretização de certos valores, como a justiça e a equidade. Por oportuno, merece transcrição a lição de Manuel Atienza comentando a posição perelmaniana:

*“A experiência nazista supôs, para Perelman, a crítica definitiva ao positivismo jurídico e à sua pretensão de eliminar do Direito toda a referência à Justiça. Resumindo, a nova concepção do Direito se caracterizaria pela importância atribuída aos princípios gerais do Direito e aos lugares específicos do Direito (os tópicos jurídicos). O raciocínio jurídico não é nem ‘uma simples dedução silogística’ e nem, tampouco, ‘a mera busca de uma solução equitativa’, mas sim a ‘busca de uma síntese na qual se leve em conta, ao mesmo tempo, o valor da solução e a sua conformidade com o Direito (ibid., pág. 114). Ou dito de outra forma, a conciliação dos valores de equidade e segurança jurídica, a procura de uma solução que seja ‘não apenas de acordo com a lei como também equitativa, razoável e aceitável’.”<sup>14</sup>*

Necessário se dar razão a Perelman quando afirma que os fatos ocorridos na Alemanha a partir de 1933 demonstraram que não se pode identificar o direito com a lei, uma vez existem princípios que, ainda que não sejam expressos, dirigem-se e impõem-se a todos aqueles para quem o direito não é apenas a vontade do legislador, mas também expressão dos valores estatais a serem promovidos, entre os quais figura em primeiro linha a justiça.

---

<sup>14</sup> ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica*. Landu Editora, São Paulo, 2002, p. 108-109.

## **AS FASES JUSNATURALISTA, POSITIVISTA E PÓS-POSITIVISTA**

A fase jusnaturalista foi a primeira a surgir e prevaleceu por longo tempo até o surgimento da Escola Histórica do Direito. Os princípios ainda não tinham aqui contornos definidos; antes, eram cobertos por noções contrastantes e confusas, possuindo um alto teor de abstração, levando Paulo Bonavides a afirmar que, nessa fase, os princípios “habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça”.<sup>15</sup>

A fase jusnaturalista cedeu lugar à fase positivista, que chegou com força esmagadora, levando Norberto Bobbio a afirmar que até mesmo alguns juristas austríacos, cujo código civil possui norma expressa vinculando os princípios gerais de direito ao Direito Natural, passaram a defender a tese de que esses princípios seriam Direito Positivo.<sup>16</sup>

Em outra passagem, o próprio Bobbio (autor do verbete sobre os princípios gerais de direito constante do *Novissimo Digesto Italiano, vol. XIII - Principi Generali di Diritto*, p. 887-896), chega a rebater esse forte enfoque positivista que se arremeteu sobre a dogmática dos princípios, afirmando textualmente que:

*“Peraltro, anche nell’ambito della dottrina del diritto statale, il positivismo giuridico non è più saldo come un tempo. Com la graduale rivalutazione della funzione creativa del giudice è andata di pari passo l’accentuazione dell’origine extrasistemática dei principi generali. Prova ne sia che il BETTI, seguido del BARATTA, ha potuto riaffermare, contro la comunis opinio ancorata al dogma positivístico, la tesi della funzione eterointegrativa dei principi generali, atribuendo loro uma forza di espansione, non meramente lógica, ma assiologica...tale da transcedere il mero diritto positivo”.*<sup>17</sup>

Na fase positivista (juspositivista) os princípios serão içados aos Códigos como fontes subsidiárias de aplicação do direito, funcionando

---

<sup>15</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 12ª edição, 2002, p. 232.

<sup>16</sup> No original: “Il prestigio della concezione positivística del diritto fu tale che anche alcuni giurist austriaci, nonostante il richiano ai principi del diritto naturale dell’art. 7 del loro Codice Civile, interpretarono i principi gnerali como principi del diritto positivo”. (*in Novissimo Digesto Italiano*, verbete *Principi Generali di Diritto*, Vol. XIII, Antonio Azara e Ernesto Eula, Editrice Torinese, 1957, p. 891)

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 892

como “válvulas de segurança.”<sup>18</sup> Paulo Bonavides afirma, contudo, com o que concordamos parcialmente ( pois mesmo como “válvula de escape” possuem um mínimo de normatividade), que “o juspositivismo, ao fazer dos princípios meras pautas programáticas supraleais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica”.<sup>19</sup>

A fase pós-positivista irá romper com os laços estreitos impostos à dogmática dos princípios pelo juspositivismo. A libertação dessas amarras começará a ser feita pelo Estatuto da Corte Permanente de Justiça, de 1920, que em seu art. 38 , ao tratar das fontes de direito a serem usadas por aquela Corte, fez expressa menção aos “*principi generali di diritto riconosciuti dalle nazione civili*”. Norberto Bobbio elenca outros textos internacionais que deram proeminência aos princípios, como o Tratado que instituiu a Comunidade Econômica Européia (1957), que também faz menção aos “princípios gerais de direito do Estado membro” como fonte a ser usada em caso de responsabilidade extracontratual.<sup>20</sup>

Nessa nova fase merecem especial destaque os juristas como Ronald Dworkin<sup>21</sup>, Robert Alexy<sup>22</sup>, Jürgen Habermas<sup>23</sup>. Ainda, não se pode deixar de mencionar os estudos de Crisafulli e as próprias concepções já um pouco progressistas de Josef Esser.

Veio Crisafulli pertence à classe dos teóricos que grande contribuição deram para defender a normatividade dos princípios. Os princípios, no seu entender, possuem dupla eficácia: uma imediata e outra mediata (programática). Segundo ele não há necessidade de que o princípio esteja expresso no ordenamento jurídico para ser dotado de normatividade: basta que possa ser haurido do sistema como um todo, ainda que de forma implícita. Um dos grandes atributos dos princípios, em seu pensar, é a efetividade interpretativa que detém, sobretudo em se tratando de interpretação de normas constitucionais. Bobbio assim se refere ao renomado jurista italiano:

---

<sup>18</sup> Expressão usada por Gordillo Canãs, citado por Paulo Bonavides.

<sup>19</sup> *Op. cit.* p. 236

<sup>20</sup> *Op. cit.* p. 888

<sup>21</sup> DWORKIN, Ronald. *Los Derechos em Serio*, Ariel, Barcelona, 1999.

<sup>22</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*, tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

<sup>23</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

*“In Italia, grazie soprattutto agli studi del CRISAFULLI, è stata richiamata l’attenzione sui principi generali o fondamentali della nuova Costituzione, e sulla loro efficacia interpretativa, in connessione con la individuazione delle cosiddette norme programmatiche. All’aumentato, e tutt’altro che esaurito interesse per un approfondimento del problema ha dato e continua dare alimento la menzione dei ‘principi fondamentali’ in uno texto della stessa Costituzione.”<sup>24</sup>*

Ainda sobre a juridicidade (normatividade) dos princípios, cabe apenas citar seus principais defensores ao longo dos tempos, como Boulanger, que teria sido o primeiro, segundo Esser, a fazer uma classificação sobre os tipos e variedades dos princípios, o que foi posteriormente aprofundado pelo próprio Esser. Ainda nessa linha merecem realce Larenz e Grabitz, que já se referiam aos por eles denominados de princípios “abertos” (v.g. a dignidade da pessoa humana). Para Larenz, os princípios “abertos” correspondem basicamente aos princípios “informativos”, de Esser. Grabitz considera-os, porém, como elementos do Direito Positivo, apesar de se contradizer ao asseverar que “...posto que não sejam normas”. E, ainda, os já citados Alexy, Dworkin e Crisafulli, que afirmam inclusive que os princípios, bem como as regras, são espécies do gênero norma.

Princípio é, portanto, a norma jurídica mais importante de qualquer ordenamento jurídico, dotado de efetiva força normativa, cujas finalidades mais importantes são:

- a) servir de ponto de partida interpretativa para qualquer outra norma;
- b) servir para formar o próprio sistema jurídico, pois este se forma pela soma dos princípios;
- c) servir para integrar o ordenamento jurídico, colmatando as lacunas.

## **4 – PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO**

Tema de difícil solução é definir o que sejam os chamados princípios gerais de direito. Analisando a posição de inúmeros autores concluir-se-á que não há um consenso entre eles. Por conta disso, Lênio Streck, ao

---

<sup>24</sup> BOBBIO, Norberto. *Op. cit.* p. 888-889

começar a discorrer sobre o assunto, já lança hoje a seguinte assertiva: “os princípios gerais do Direito não têm conceito definido”.<sup>25</sup> De fato, vamos encontrar os que, como Kelsen, negam normatividade (no sentido de integrarem o Direito Positivo) a tais princípios, posto que para o mestre de Viena seriam apenas “informadores” do Direito, mas não Direito propriamente dito. Josef Esser, por seu turno, reconhece que tais princípios são, sim, integrantes do Direito Positivo.<sup>26</sup>

Juliana N. Magalhães, citada por Lênio Streck, chega a afirmar que os princípios gerais de direito<sup>27</sup> são vistos como “um paradoxo, na medida em que não existem, porque são criados em função das conseqüências que produzem, e, por outro lado, existem, pois produzem determinadas conseqüências (dando lugar não exatamente a estas conseqüências, que podem não ser exatamente aquelas esperadas, mas a efeitos que surgem em função da expectativa de que tais conseqüências se produzam).”<sup>28</sup>

## SISTEMATIZAÇÃO NO DIREITO COMPARADO E NO BRASIL

A indefinição na conceituação dos princípios, conforme já apontado (ver supra) se estende também à própria fonte. No Direito estrangeiro é também controvertida tanto a questão da delimitação como a própria origem dos princípios gerais de direito.

Assim, nos Códigos francês, belga e alemão, por exemplo, tal qual o Código Civil espanhol de 1851, não há qualquer previsão expressa a respeito, tendo optado o legislador pelo silêncio.

No Código italiano de 1942 há a seguinte previsão no art. 12:

---

<sup>25</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 102.

<sup>26</sup> Ver supra o embate de Kelsen com J. Esser

<sup>27</sup> Margarida B. Rojo (*Los principios, op. cit.*, p. 133) os toma como sinônimos: “por estas razones, considero que *principios jurídicos*, *principios del derecho* y *principios generales del derecho* no son más que expresiones diferentes que designan um fenómeno único: los valores jurídicos-éticos de una comunidad”. Para Joaquín Arce y Flórez-Valdés há diferença entre eles, assim se manifestando (*Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1990, p. 65): “este punto de vista no supone obstáculo al reconocimiento, junto a los grandes principios (generales del Derecho), que vienen a ser como los ejes sobre que el ordenamiento jurídico se conforma, de la existencia y posible detección de otros, derivados de aquéllos, que dicen relación a parcelas o sectores del ordenamiento y que, frecuentemente, aparecen reflejados em las leyes”.

<sup>28</sup> *Op. cit.* p. 102

*“Nell’aplicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole sencolo la connessione di esse, e dadlla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si há riquardo alle disposizione che regolano casi simili o materia analogue; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato.”*

Verifica-se, pois, que embora haja influência do Direito Romano no sistema italiano, os princípios gerais de direito naquele país devem ser hauridos do próprio ordenamento jurídico positivo por haver disposição expressa a respeito. Por conta disso Fernando R. Barbero chega a afirmar que *“los principios generales del Derecho italiano se presentan siempre ‘bajo especie de lei’”*.<sup>29</sup>

No Código suíço se confere uma grande margem de conformação e discricionariedade ao juiz, que decidirá o caso concreto como se fosse verdadeiro legislador para situações individuais, podendo se utilizar dos princípios gerais de direito, dentre os quais os de direito romano.

O Código Civil português de 1966, por seu turno, contém a seguinte disposição em seu art. 9 (transcrito no português original):

*“1- A interpretação não deve cingirse á letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em contra a unidade do sistema jurídico as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que e aplicada.*

*2- Não pode, porém, ser considerado pelo interprete o pensamento legislativo, que não tenha na letra da lei un mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.”*

O Código Civil da Áustria prevê em seu art. 7º que os princípios gerais irão suplementar a lei e que são hauridos do Direito Natural.<sup>30</sup>

Entre nós, no art. 4º da LICC, os princípios gerais de direito são tratados como meio supletivo de lacunas, ao lado da analogia e dos costumes. De fato, vigendo entre nós o princípio do *non liquet*, em caso de omissão

---

<sup>29</sup> BARBERO, Fernando Reinoso. *Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Editorial Dykingon, S. L., Madrid, 1987, p. 117

<sup>30</sup> Certamente que isso se deve ao fato de que vários participantes do referido projeto eram partidários dessa Escola, como ZEILLER, NIPPEL, SCHUSTER e BERGER.

da lei o juiz deverá se socorrer a um desses critérios para dirimir a lide.

Maria Helena Diniz, citando um grande número de autores (*v.g.* Caio Mario da Silva Pereira, Limongji França, Miguel Romero, Aubry e Ran, Del Vecchio, Miceli, Enneccerus) assevera que “os princípios gerais de direito são cânones que não foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico”.<sup>31</sup>

As principais escolas jurídicas que buscam delimitar o sentido da expressão “princípios gerais de direito” são as seguintes:<sup>32</sup>

1) Escola que combate a sua concepção, mas não nega sua existência enquanto meios de suplementação;

2) Escola que os entende como tendo origem no Direito Natural (Laun, Brunetti, Gény, Espínola, Del Vecchio, Legaz y Lacambra, Recaséns Siches, dentre outros). Dentro dessa Escola há várias vertentes, às quais não nos ateremos neste momento;

3) Escola que vê nos princípios gerais normas que tem seu fundamento na equidade ou sendo sinônimo desta (Maggiore, Osilia, Borsari, Tripicione, dentre outros);

4) A que os considera que são dotados de caráter universal, ditados pela ciência e pela filosofia do direito (Bianchi, Clóvis Beviláqua, Pacchioni);

5) A escola de vertente positivista, que os vê como: a) normas que irão inspirar o legislador, de ordem política, psicológica, cultural; b) princípios extraídos do próprio ordenamento jurídico (Coviello, Carnelutti, Baulanger, Barassi, Ruggiero, Esser).

6) Escola que procura conciliar as posições anteriores. Critica o extremismo dos positivistas.

Aderimos à posição conciliadora. De fato nem todos os princípios são expressos no ordenamento jurídico positivo, todavia podem ser desse hauridos, desde que possam ser justificados como integrantes da ordem jurídica conglobante, ainda que de forma implícita ou que substanciem

---

<sup>31</sup> DINIZ, Maria Helena. LICC Brasileiro Interpretada, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 123

<sup>32</sup> Baseamo-nos, nesse particular, nos estudos da insigne autora.

algo de valioso para a comunidade. Citamos, como exemplo, o princípio segundo o qual “ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza”. Apesar de não estar expresso em nosso ordenamento jurídico ninguém pode negar tratar-se de princípio basilar e imanente à ordem jurídica.

### **O QUE SÃO OS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO: DIREITO ROMANO, DIREITO NATURAL OU DIREITO POSITIVO?**

No primeiro terço do século XX acendeu-se viva polêmica na Itália sobre o que seriam os princípios gerais de direito, se Direito Romano ou Direito Comum. Realmente, de acordo com a escola adotada, a jusnaturalista ou a positivista, pode surgir um conceito muito diverso. Ainda hoje a questão não é pacífica e a resposta de cada jurista se dará de acordo com as influências que recebe e da escola por que tem preferência. Também se afigura bastante razoável a posição de Fernando Reinoso Barbero<sup>33</sup> de que esse conceito não pode ser universal e estanque, mas, ao contrário, tal qual o conceito de justiça, varia de acordo com o período histórico, político, jurídico.

Para Barbero, “la polémica de los principios generales de Derecho habrá que encerrarla siempre dentro de la problemática de Derecho positivo”.

Não divergimos do eminente jurista, mas somos adeptos à tese de que os princípios gerais de direito não precisam estar expressa e literalmente previstos em corpos legislativos, mas que podem ser hauridos do ordenamento jurídico conglobado<sup>34</sup>, pelo menos entre nós.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> Assim se manifesta o autor: “*Si se admite que cada nación posee un Derecho distinto e independiente, aunque existan rasgos, caracteres e influencias de otros ordenamientos y en el que se dan estructuras, concepciones, planteamientos propios de su particular idiosincrasia histórica, sociológica, política y jurídica, no parece acertado el querer presumir que los principios generales del Derecho de cada uno de esos ordenamientos son comunes a los de los demás. Esto es, el ámbito del Derecho positivo, donde no caben generalizaciones que traspasen las fronteras de la vigencia de los ordenamientos jurídicos en donde aparecen aquellos principios. Otra cosa distinta será que quiera pensarse en un Derecho supranacional, buscando los contactos que puedan existir entre los preceptos superiores ofrecidos por cada ordenamiento. Pero ese es otro problema.*”

<sup>34</sup> Entendemos ser essa, em essência, a posição de J. Esser, embora dele discordamos por não ter evoluído completamente e ter se mantido ainda arraigado ao positivismo.

<sup>35</sup> Não se pode universalizar tal assertiva, pois como já assinalamos esse conceito é mutável. No Código Civil Austríaco, por exemplo, há disposição expressa de que os princípios gerais de direito são Direito Natural.

## 5 – PRINCÍPIOS *METAJURÍDICOS*

Conquanto divirjam dos princípios jurídicos propriamente ditos, não se pode negar que existam também certas categorias, certos conhecimentos que também irão influenciar na produção jurídica, seja na elaboração das leis, seja nas decisões judiciais.

Esses elementos externos ao Direito são princípios metajurídicos ou extrajurídicos, hauridos na experiência social, que influenciarão o legislador – que deverá buscar atender aos anseios sociais – e o juiz – que adquire no dia a dia uma carga de conhecimentos sociais, psicológicos que influenciarão em suas decisões. Assim já se manifestava Francesco Ferrara, corroborando nossa posição:

*“A atividade judiciária, porém, não se reduz ao trabalho de subsunção dos fatos à norma de direito. Apertar nestes limites a função do juiz é concepção falsa e estreita. Pois o juiz não é um autômato de decisões; é um homem pensante, inteligente, e partícipe de todas as idéias e conhecimentos que formam o patrimônio intelectual e a experiência do seu tempo. Ao julgar, portanto, o juiz utiliza, e deve utilizar, conhecimentos extrajurídicos que constituem elementos ou pressupostos do raciocínio. Verdades naturais ou matemáticas, princípios psicológicos, regras do comércio ou da vida social compõem um acervo inesgotável de noções do saber humano, de que o juiz todos os dias se serve no desenvolvimento da sua atividade. Tais são os princípios de experiência, definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, ganhos por observação de casos particulares, mas elevados a princípios autônomos com validade para o futuro. Estes princípios pode o indivíduo obtê-los diretamente por indução dos fatos; muitas vezes, porém, constituem um material adquirido de idéias, patrimônio comum da generalidade ou pelo menos de certos círculos de pessoas.”<sup>36</sup>*

## 6 – IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS: O ELUCIDATIVO EXEMPLO CITADO POR PERELMAN

Exemplo citado por Perelman,<sup>37</sup> ocorrido na Bélgica durante a Primeira

---

<sup>36</sup> FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis.*, Belo Horizonte, Ed. Líder, 2002, p. 78-79 (Tradução do “Tratatto de Diritto Civile Italiano”, feita por Joaquim C. de Miranda)

<sup>37</sup> *Apud* GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 ( interpretação e crítica )*, 5ª edição, Malheiros, SP, 2000, p. 75 a 122

Guerra Mundial, demonstra a importância dos princípios e mostra a insuficiência da interpretação literal da teoria Kelseniana.

Durante a Primeira Guerra Mundial, a Bélgica foi quase que totalmente ocupada pela Alemanha. O Rei, que se encontrava no Havre, passou a legislar sozinho, pois não era possível reunir a Câmara e o Senado para esse fim, conforme exigia o art. 26 da Constituição belga (segundo este artigo, o poder de legislar deveria ser exercido de forma conjunta pelo Rei, pela Câmara e pelo Senado).

Por conta disso e no preconizado naquela Constituição no art. 25 – Os poderes são exercidos do modo estabelecido pela Constituição – e no art. 130 – A Constituição não pode ser suspensa nem no seu todo nem em parte – passou-se a questionar a legalidade dos decretos-lei que foram editados no curso da Guerra pelo Rei belga.

A seguir-se a literalidade dos dispositivos constitucionais e a considerar-se que, como norma fundamental, no modelo preconizado por Kelsen, a Constituição não poderia ser usurpada, não restaria à Corte de Cassação outra saída que não a de declarar inválidos tais decretos do Rei. Todavia, a Corte de Cassação não hesitou em considerá-los válidos, argumentando que: *“na aplicação dos princípios constitucionais, o Rei, que durante a guerra era o único órgão do poder legislativo que conservava sua liberdade de ação, adotou disposições com força de lei que a defesa do território e os interesses vitais da nação imperiosamente demandavam”*.

A Corte de Cassação sufragou a tese de que a letra da Constituição restava superada no caso particular por vários princípios, referidos pelo Procurador Geral Terlinder como “axiomas de direito público”: *1) a soberania da Bélgica jamais esteve suspensa; 2) uma nação não pode ficar sem governo; 3) não é possível nenhum governo sem lei, ou seja, sem poder legislativo*.

O histórico e elucidativo exemplo citado por Perelman e mencionado por Eros Roberto Grau mostra de forma clara que um ordenamento jurídico não pode ser composto apenas de regras e mesmo de princípios apenas expressos. Dependendo, portanto, do caso concreto, particularmente se referente a uma situação anormal e excepcional, podem e devem entrar em cena os princípios jurídicos, mesmo aqueles que não se encontram *positivados* de forma expressa, desde que possam ser hauridos do ordenamento jurídico como um todo.

## 7 – DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Citamos a seguir alguns dados que permitem distinguir os princípios das regras (baseado nas posições de Alexy, Boulangier e Dworkin, dentre outros). Não vamos aqui nos estender no assunto nem tampouco adentrar na discussão sobre ponderação, pois isso por só mereceria uma monografia à parte. Vamos apenas, a título didático, enumerar alguns critérios que os distinguem, a saber:

1) A primeira distinção é que as regras não comportam exceções: a lógica do “tudo ou nada” : uma regra vale ou não vale. No confronto entre duas regras, uma deve ser declarada inválida. Assim, se a lei inobserva uma forma legal em determinados atos , sua inobservância leva à invalidade desse ato. Em relação aos princípios, isso não acontece. No conflito aparente entre dois princípios, um deve ceder para aplicação do outro, o que não implica que deva ser declarado nulo, mesmo porque num confronto posterior, em outro caso concreto, o princípio anteriormente afastado pode preponderar na hipótese seguinte.

2) Por outro lado, na esteira da distinção anteriormente apontada, surge uma segunda forma de distinguir entre princípios e regras: os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância, o que não é próprio das regras.

3) Outros critérios diferenciadores são ainda apontados pelos vários teóricos do tema, aos quais remetemos os interessados.<sup>38</sup>

## 8 – CONCLUSÃO

O constitucionalismo, em que pesem fatores endógenos e exógenos a fustigá-lo e fragilizá-lo, ainda é a opção mais democrática para a organização político-jurídica de um Estado. A Constituição ainda ostenta – e deve buscar isso sempre – força normativa, ativa e vinculante. Nas sociedades pluralistas e democráticas atuais é possível substituir a soberania do Estado, em sua função reguladora e ordenadora, pela soberania da Constituição.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> Cf. SPINDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. Ed. RT, São Paulo, 1999, p. 65; AVILA, Humberto B. *op. cit.* p. 156 e seg; CANOTILHO, *op. cit.* p. 1034 e seg.

<sup>39</sup> Cf., a respeito, ZAGREBELSKI, Gustavo. *Lo Derecho Dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 39-40:” como la unidad del ordenamiento ya no es un dato del que pueda simplemente tomarse nota, sino que se há convertido en un difícil problema, la antigua exigencia de someter la actividad del ejecutivo y de los jueces a

A Constituição mostra-se como de tendo enorme relevância no atual momento dito pós-moderno em que cada vez mais o Direito (Positivo) busca em outros ramos do conhecimento soluções para intrincados problemas que não encontram respostas adequadas dentro do próprio sistema jurídico, entendido este em seu sentido literal e estrito. Para tentar solucionar esses casos difíceis (*hard cases*) irão surgir inúmeras proposições e teorias, valendo aqui mencionar as situações contrafáticas: a comunidade ideal, de Habermas, o contratualismo original, de J. Rawls, o Juiz-Hércules, de Dworkin, dentre os principais.

Especial importância assumem nesse contexto os princípios jurídicos, através de sua tríplice função – fundamentação do Direito, interpretativa e supletória – gozando de normatividade e juridicidade próprios.

Não se quer aqui propor uma verdadeira revolução jurídica ou uma irrestrita submissão do legislador e do ordenamento positivo a constantes sopesamentos e “balanceamentos” de princípios, a sistemas meramente morais, extrajurídicos ou metafísicos. Urge, todavia, reconhecer que nem todas as situações práticas surgidas no dia a dia do Direito podem ser solucionadas pela simples utilização de regras positivas, ou seja, pela utilização da lógica clássica do silogismo, da subsunção. Nas palavras de Willis Santiago: “não se desconhece a necessidade de se resolver problemas jurídicos com normas, ou muito menos a existência delas, mas tão-somente a sua (eventual) insuficiência é reconhecida, juntamente com a exigência de se lançar mão de princípios dotados de validade jus-positiva”.<sup>40</sup>

## **THE PRINCIPLE’S FUNCTION AND ITS IMPORTANCE IN THE CONSTITUTIONAL SYSTEM.**

**ABSTRACT:** The author investigates the function and the importance of the principles in the constitutional system. Thus, as far as he understands it, all daily situations can be solved not only using the rules, but also using the principle’s function, mainly to interpretation and solution of the hard cases.

**KEYWORDS:** Constitutional Law. Principles and rules. Interpretation. Hard cases.

---

reglas generales y estables se extiende hasta alcanzar a la propia actividad del legislador. He aquí, entonces, la oportunidad de cifrar dicha unidad en un conjunto de principios y valores constitucionales superiores sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio.”

<sup>40</sup> FILHO, Willis Santiago Guerra. *Metodologia Jurídica e Interpretação Constitucional*, Doutrina Nacional, p.127

## BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*, tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica*. Landu Editora, São Paulo, 2002.
- BARBERO, Fernando Reinoso. *Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Editorial Dykingon, S. L., Madrid, 1987.
- BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*, Ed. Debate, Madrid, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Novissimo Digesto Italiano*, verbete Principi Generali di Diritto, Vol. XIII, Antonio Azara e Ernesto Eula, Editrice Torinese, 1957.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 12ª edição, 2002.
- CANOTILHO, J.J.Gomes. *Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*. *In* "Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, 15, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 1998.
- DINIZ, Maria Helena. *LICC Brasileiro Interpretada*, São Paulo, Saraiva, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Los Derechos em Serio*, Ariel, Barcelona, 1999.
- FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis.*, Belo Horizonte, Ed. Líder, 2002.
- FILHO, Willis Santiago Guerra. *Metodología Jurídica e Interpretação Constitucional*, Doutrina Nacional.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988(interpretação e crítica)*, 5ª edição, Malheiros, SP, 2000
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*, Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, Sérgio A Fabris Editor, tradução de Gilmar F. Mendes, Porto Alegre, 1991.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*, Sérgio A. Fabris Editor, Porto Alegre, 1986.
- ROJO, Margarida Beladiez. *Los Principios Jurídicos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997.
- SPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Principios Constitucionais*. Ed. RT, São Paulo, 1999,
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2001.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.



---

# ***AS CONTRIBUIÇÕES PIS E COFINS SOBRE RECEITAS DE IMPORTAÇÃO E AS ESPECIFICIDADES DO BENEFÍCIO FISCAL DO FUNDAP/ES***

---

*Daniel de Carvalho Guimarães*

*Procurador do Ministério Público de Contas de Minas Gerais. Ex Juiz Federal Substituto da 2ª Região. Ex Procurador da Fazenda Nacional. Especialista em Direito Tributário pela PUCMINAS.*

**RESUMO:** As importações beneficiadas pelo programa FUNDAP do Estado do Espírito Santo geram receitas que se submetem a diferentes regimes de tributação (PIS e COFINS) de acordo com a modalidade escolhida.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito tributário – Importação - FUNDAP – Receita.

## **INTRODUÇÃO**

Nesse pequeno artigo, estudarei o benefício fiscal do FUNDAP no Estado do Espírito Santo, principalmente seus efeitos na incidência das contribuições sociais sobre a receita ou faturamento, de competência da União, em operações de importação, em suas diversas modalidades.

### **1. O FUNDAP e o ICMS incidente sobre importação**

O Fundo de desenvolvimento da atividade portuária é *“um financiamento para apoio a empresas com sede no Espírito Santo e que realizam operações de comércio exterior tributadas com ICMS no Estado”*.

Essa é a definição contida na página eletrônica do BANDES – Banco de Desenvolvimento do Estado do Espírito Santo, gestor do FUNDAP.

Por esse benefício financeiro e fiscal, as empresas com sede no Espírito Santo, que realizam operação de importação e exportação, têm direito a:

a) um diferimento do ICMS incidente sobre a importação, desde a operação ocorra no Estado do Espírito Santo (art. 4º, caput e parágrafo único, da Lei Estadual 6.668/2001);

b) um financiamento do BANDES no percentual de 8% do valor de saída das mercadorias do estabelecimento importador (art. 4º, a, da Lei Estadual nº 2508/70).

O programa exige que o beneficiário invista parte desse financiamento em determinadas finalidades. A realização dessa exigência é feita pelo BANDES com a retenção da parte do valor a ser destinada e o seu emprego em atividades de interesse econômico e social. Ou seja, na prática, o beneficiário nada faz, apenas consente, ao aderir ao programa, a retenção de parte do financiamento para aplicação, pelo BANDES, nas atividades previstas em lei.

O benefício pressupõe que o Estado do Espírito Santo seja sujeito ativo da relação jurídica tributária do ICMS incidente sobre a importação, pois somente o ente tributante pode estabelecer regramento legal sobre determinado tributo.

Nesse sentido, o FUNDAP somente se aplica àquelas operações de importação em que o ICMS incidente seja destinado ao Estado do Espírito Santo.

O ICMS incidente sobre a importação está previsto no art. 155, 2º, IX, a, da Constituição de 1988:

*“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)*

*(...)*

*IX - incidirá também:*

*a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual*

*do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)”*

A Lei Complementar nº 87/96 também prevê a referida incidência:

*Art. 2º (...)*

*§ 1º O imposto incide também:*

*I – sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade; (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)*

Fundamental para o nosso estudo é definir, nas operações de importação, qual é o sujeito ativo da relação tributária, ou seja, a que Estado deve ser pago o ICMS importação. Para tanto, devemos examinar o conteúdo da expressão *“cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço”* contida no dispositivo constitucional.

O STF, em julgado envolvendo importadora sediada no Espírito Santo, examinou questão semelhante e trouxe valiosas contribuições para a definição do sujeito ativo do tributo.

No RE 268.586/SP (Primeira Turma - Relator Min. MARCO AURÉLIO – DJ de 18/11/2005), o Estado de São Paulo pretendia receber de determinada empresa sediada em seu território, que adquirira mercadorias importadas via Porto de Santos por uma importadora sediada no Espírito Santo. Na operação, o ICMS importação foi pago pela importadora com os benefícios do FUNDAP, porém as mercadorias nem foram desembaraçadas no Espírito Santo nem transitaram por seu território em momento algum da operação.

Destaco, por sua precisão e didática, trechos do voto do Ministro Cezar Peluso:

*“4. A questão é constitucional e radica-se na interpretação da cláusula final do art. 155, §2º, IX, “a”, da Constituição da República, o qual estatui:*

*‘...cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço.’*

*O recorrido sustenta que o imposto lhe competiria, porque o destinatário final tem domicílio em seu território. A recorrente alega que o destinatário da importação é a importadora, domiciliada no Espírito Santo, com a qual realizou nova operação. A mercadoria teria sido revendida à recorrente pela importadora e entregue, direto, em seu estabelecimento, a partir do porto de Santos.*

*O termo destinatário, contido no trecho final do art. 155, §2º, IX, “a”, da Constituição, deve ser lido e interpretado em consonância com o preceito que, nesse mesmo texto, combinado com o disposto no inc. II do caput do art. 155, outorga ao Estado competência para instituir ICMS na importação. Ou seja, destinatário da mercadoria é quem figura como contraente no negócio jurídico que dá origem à operação material de importação, seja esta realizada diretamente, seja por intermédio de terceiro, como, p. ex., de prestador de serviço, trading, etc...*

*Debaixo do ato material da importação, devem discenir-se, pelo menos, duas situações ou hipóteses: i) o importador é o próprio destinatário da importação, porque, como figurante do negócio jurídico subjacente, compra para uso próprio ou para revenda; ou ii) o importador é contratado, mediante outro negócio jurídico, apenas para intermediar e facilitar a celebração do negócio jurídico de compra e venda entre o adquirente, que é o destinatário da mercadoria, e o vendedor, estabelecido no estrangeiro.*

*Em ambas as hipóteses, o local do desembarço não tem relevância alguma para efeito de identificação do sujeito passivo do tributo, mas tão-só para determinação do aspecto temporal da regra matriz de incidência, ou seja, para definir o momento em que o tributo se considera devido, conforme bem observou o Min. CARLOS BRITTO, no RE nº 299.079, citado no voto-vista proferido neste recurso:*

*‘8. O ICMS, incidente na importação de mercadoria, não tem como sujeito ativo da relação jurídico-tributária o Estado onde ocorreu o desembarço aduaneiro – momento do fato gerador – mas o Estado onde se localiza o sujeito passivo do tributo, ou seja, aquele que promoveu juridicamente o ingresso do produto. (...)*

*9. De mais a mais, o dispositivo constitucional, ao se referir a ‘estabelecimento destinatário’, não especifica o tipo de estabelecimento: se é o final, ou se não é.’*

*O decisivo é saber a quem, segundo o teor do negócio jurídico subjacente ao ato material da importação, é destinada a mercadoria que o próprio adquirente ou, por ele, terceiro traz do exterior. Isso é, quem adquire a mercadoria à importação.”(grifos nossos)*

O voto do Min. Peluso, que acompanhou a corrente vencedora, reconheceu que a expressão “destinatário da mercadoria, bem ou serviço” somente pode ser definida no caso concreto, no exame da modalidade de importação feita.

Grosso modo, nos casos de importação própria, o sujeito ativo do ICMS importação será o Estado em que se encontra o importador, enquanto que nos casos de importação por conta e ordem, será o Estado em que se encontra o terceiro adquirente das mercadorias.

Essa conclusão independe da inclusão da importação em benefícios fiscais estaduais como é o caso do FUNDAP.

## **2. As modalidades de importação**

Para melhor estudar os efeitos do FUNDAP, é necessário analisar as modalidades de importação existentes em nosso ordenamento jurídico.

Inicialmente, as operações de importação se dividiam em duas categorias: importações próprias e importações por conta e ordem de terceiro.

Nas importações próprias, tradicionais, a pessoa jurídica importadora adquire os bens no exterior, nacionaliza-os e os revende no mercado interno por meio de operações de circulação de mercadorias e produtos.

Nas importações por conta e ordem de terceiros, a pessoa jurídica importadora apenas promove o despacho aduaneiro de importação, pois as mercadorias foram adquiridas por outra, em razão de contrato previamente firmado, que poderá compreender, ainda, a prestação de outros serviços relacionados com a transação comercial, como a realização de cotação de preços e a intermediação comercial. Aqui, a relação jurídica entre o importador e o terceiro é de prestação de serviços.

Nessa modalidade, não há propriamente importação e posterior revenda

a terceiros no mercado interno. O importador somente presta um serviço ao adquirente, que pactuou a compra internacional com o exportador.

Assim, a Receita Federal do Brasil cuidou do tema:

*IN SRF nº 225/2002*

*Art. 1º O controle aduaneiro relativo à atuação de pessoa jurídica importadora que opere por conta e ordem de terceiros será exercido conforme o estabelecido nesta Instrução Normativa.*

*Parágrafo único. Entende-se por importador por conta e ordem de terceiro a pessoa jurídica que promover, em seu nome, o despacho aduaneiro de mercadoria adquirida por outra, em razão de contrato previamente firmado, que poderá compreender, ainda, a prestação de outros serviços relacionados com a transação comercial, como a realização de cotação de preços e a intermediação comercial.*

*Art. 3º O importador, pessoa jurídica contratada, devidamente identificado na DI, deverá indicar, em campo próprio desse documento, o número de inscrição do adquirente no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ).*

*(..)*

*§ 2º A fatura comercial deverá identificar o adquirente da mercadoria, refletindo a transação efetivamente realizada com o vendedor ou transmitente das mercadorias.*

A norma confirma que o importador por conta e ordem de terceiros é considerado mero prestador de serviços, devendo a pessoa jurídica contratante da importação figurar na declaração de importação no campo “adquirente”.

Posteriormente, em razão de inúmeros questionamentos judiciais sobre os critérios adotados pela autoridade fazendária na descon sideração de importações declaradas como próprias para importações por conta e ordem de terceiros, houve a edição da Lei nº 11.281/2006, que previu a importação por encomenda, que não seria considerada por conta e ordem de terceiros, conforme o texto a seguir:

*Art. 11. A importação promovida por pessoa jurídica importadora que adquire mercadorias no exterior para revenda a encomendante predeterminado não configura importação por conta e ordem de terceiros.*

*§ 1º A Secretaria da Receita Federal:*

*I - estabelecerá os requisitos e condições para a atuação de pessoa jurídica importadora na forma do caput deste artigo; e*

*II - poderá exigir prestação de garantia como condição para a entrega de mercadorias quando o valor das importações for incompatível com o capital social ou o patrimônio líquido do importador ou do encomendante.*

*§ 2º A operação de comércio exterior realizada em desacordo com os requisitos e condições estabelecidos na forma do § 1º deste artigo presume-se por conta e ordem de terceiros, para fins de aplicação do disposto nos arts. 77 a 81 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.*

*§ 3º Considera-se promovida na forma do caput deste artigo a importação realizada com recursos próprios da pessoa jurídica importadora, participando ou não o encomendante das operações comerciais relativas à aquisição dos produtos no exterior. (Incluído pela Lei nº 11.452, de 27 de fevereiro de 2007)*

A lei determinou que:

a) a Receita Federal estabelecesse os requisitos e condições para que houvesse uma importação por encomenda;

b) a importação feita em desacordo com tais regras seria considerada como por conta e ordem de terceiros, por presunção;

c) a importação será considerada por encomenda mesmo que haja participação da encomendante nas operações comerciais de aquisição dos produtos no exterior, desde que feita com recursos próprios da importadora.

A Receita Federal regulamentou a matéria na IN SRF nº 634/2006. A norma não permite o reconhecimento da importação por encomenda quando a operação é realizada com recursos do encomendante, ainda que parcialmente (art. 1º, parágrafo único).

A partir dessa nova regra, segundo a Receita Federal, nas importações por conta e ordem de terceiros, o adquirente é considerado o importador de fato, não havendo operação de revenda no trânsito das mercadorias

entre o importador de direito (contratado) e o adquirente. Assim, quando houver essa modalidade de importação, ainda que simulada, de acordo com os critérios normativos estabelecidos (por exemplo, o uso de recursos de terceiros na importação), o adquirente deve responder pelos tributos federais incidentes ou decorrentes da operação de importação, como responsável solidário (art. 32, parágrafo único, alíneas “c”, do DL 37/66)<sup>1</sup>.

Já nas importações por encomenda, a operação será considerada própria, com posterior revenda a encomendante predeterminado. Nesse caso, em que é exigido que a importação seja realizada com recursos da importadora, considera-se que o encomendante adquire as mercadorias por revenda e diretamente na importação, pois é permitido que o importador realize operações de acordo com a demanda no mercado interno.

Nas importações próprias e nas por encomenda, o importador nacionaliza as mercadorias e as revende, apenas se diferenciando pela predeterminação do encomendante no segundo caso.

Já na importação por conta e ordem de terceiros, a importadora efetivamente presta serviços de importação, sendo as mercadorias importadas adquiridas diretamente pelo terceiro.

A distinção é importante, porque determina qual o regime tributário das contribuições sociais incidentes sobre receita das empresas envolvidas, conforme ser analisado no próximo item.

### **3. O FUNDAP e as modalidades de importação**

Diante dessas modalidades, indago: quais dessas modalidades estariam abrangidas pelo FUNDAP?

Todas, desde que o importador de fato fosse domiciliado no Estado do Espírito Santo.

---

<sup>1</sup> Art. 32. (...)

Parágrafo único. **É responsável solidário:** .(Redação dada pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001) (...)

III - o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso de importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora. .(Redação dada pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

c) **o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso de importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora:** (Incluída pela Lei nº 11.281, de 2006)

Explico. Em primeiro lugar, o FUNDAP se aplica às importações próprias e por encomenda desde que o importador, aquele que realiza o despacho aduaneiro de importação, seja domiciliado no Estado do Espírito Santo.

Dessa forma, a relação jurídica tributária do ICMS importação apresentará o Estado do Espírito Santo como sujeito ativo do tributo.

Já as importações por conta e ordem de terceiro poderão ser beneficiadas se o adquirente das mercadorias estiver domiciliado no Estado do Espírito Santo. Destaco que o adquirente deve ser domiciliado no Estado e não apenas o importador, a pessoa jurídica que realiza o serviço de importação.

Logo, as importações por conta e ordem de terceiros em que o adquirente não tenha domicílio no Estado do Espírito Santo, a relação tributária ocorre entre o adquirente e o Estado de seu domicílio fiscal.

Essa conclusão é relevante, pois a maioria das importações por conta e ordem de terceiros realizadas por importadoras do Estado do Espírito Santo têm como adquirentes pessoas jurídicas domiciliadas em outro Estado da Federação.

Nesses casos, não seria possível o gozo do benefício do FUNDAP, por não haver relação tributária que envolvesse o Estado do Espírito Santo em relação à importação.

#### **4. A incidência de PIS e COFINS sobre receitas decorrentes de importação**

Esse artigo foi motivado por situações concretas envolvendo importações beneficiadas pelo FUNDAP em que se discutia que receitas integrariam a base de cálculo das contribuições PIS e COFINS em relação às importadoras.

Nessas situações, a importadora, sediada no Estado do Espírito Santo, efetuava importações com o benefício do FUNDAP (ou seja, diferimento no pagamento do ICMS importação e financiamento de parte do ICMS importação perante o BANDES) e pretendiam excluir de sua base de cálculo as receitas decorrentes da revenda das mercadorias para terceiros, alegando que as operações foram realizadas por conta e ordem, não sendo, portanto, as receitas de sua titularidade.

As empresas pretendiam que fosse aplicado o art. 81, da MP 2.158/2001:

*“Art. 81. Aplicam-se à pessoa jurídica adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso da importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora, as normas de incidência das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS sobre a receita bruta do importador.”*

Por essa pretensão, as empresas se beneficiariam do FUNDAP, ou seja, de normas fiscais favoráveis do Estado do Espírito Santo sobre o ICMS importação, e excluiriam as receitas obtidas com a transferência das mercadorias a terceiros, alegando terem realizado importação por conta e ordem.

Conforme já ressaltado, na importação por conta e ordem a relação jurídica do ICMS importação é mantida entre o adquirente, terceiro que realiza a compra internacional, contrata a importação e efetua os pagamentos correspondentes, e o Estado de seu domicílio fiscal, em que se localiza o seu estabelecimento e onde haverá a entrada das mercadorias importadas.

Na importação por conta e ordem, o estabelecimento destinatário é o adquirente, pois o importador apenas presta o serviço de importação, atuando como intermediário entre o comprador nacional e o vendedor estrangeiro. Assim, é o Estado em que está localizado o adquirente que será o sujeito ativo do ICMS importação.

Nesse caso, se a importação foi realizada pelo FUNDAP, ela não pode ser por conta e ordem, mas sim própria ou, no máximo, por encomenda, respeitadas as regras estabelecidas pela Receita Federal. O usufruto do FUNDAP pressupõe que haja relação jurídica entre o importador e o Estado do Espírito Santo, e tal somente ocorre nessas últimas modalidades de importação.

Interessante analisarmos um determinado caso, desde a sentença de 1º grau até a manifestação do Superior Tribunal de Justiça.

Em uma execução fiscal, a União cobrava de determinada empresa valores devidos a título de PIS e COFINS. A empresa ajuizou ação ordinária para ver reconhecida a exclusão das receitas decorrentes da transferência de mercadorias a terceiros da base de cálculo das contribuições sociais, pois as operações de importação foram realizadas por conta e ordem de terceiros, localizados em outros Estados, devendo a empresa ser tributada apenas em

relação aos valores recebidos pela prestação dos serviços de importação.

Contudo, essas importações foram utilizadas pela empresa para obter os benefícios do FUNDAP, ou seja, benefícios referentes ao ICMS importação.

Em primeira instância, o pedido foi julgado improcedente, tendo o juízo reconhecido que as importações não ocorreram por conta e ordem de terceiros.

Analisando o recuso da empresa, o TRF da 2ª Região negou-lhe provimento com a seguinte ementa analítica:

*PIS E COFINS. IMPORTAÇÃO POR CONTA E ORDEM DE TERCEIROS. FUNDAP.*

*1. Consoante a norma da MP nº 2.158-35/2001, na importação realizada por conta e ordem de terceiro, as contribuições para o PIS e Cofins referentes ao importador incidem, tão-somente, sobre o valor da prestação de serviços; não sobre o valor da importação, que representará o faturamento do adquirente.*

*2. Contudo, a aplicação dessa norma possui certas nuances próprias, nos casos de empresas que sejam vinculadas ao Fundap e realizem importação por conta e ordem de terceiro.*

*3. O Fundap (Fundo de Desenvolvimento de Atividades Portuárias) tem como pressuposto que a empresa que nele venha a ser admitida possua sede no Espírito Santo e recolha o ICMS para esse Estado da Federação.*

*4. A recorrente, ao obter o benefício trazido pelo sistema Fundap, realiza, portanto, o recolhimento do ICMS.*

*5. Esse recolhimento, contudo, pressupõe a incidência da norma do art. 155, §2º, IX, a, da CF, bem como a ocorrência do fato gerador do ICMS (circulação de mercadorias, que é concretizada pela transferência de propriedade do bem).*

*6. Assim, a alegação de que a importação é realizada por conta e ordem de terceiro, quando confrontada com sua situação de empresa vinculada ao Fundap, que recolhe o ICMS ao Estado do Espírito Santo, torna-se contraditória: na verdade, ou a operação de importação configura uma compra e venda, com transferência da propriedade do exportador para a agravante e recolhimento do ICMS ao Estado*

*do Espírito Santo, beneficiando-se a agravante do sistema Fundap e recolhendo sobre o valor da operação de importação a contribuição para o PIS e a Cofins; ou a operação trata de simples importação por conta e ordem de terceiros e tanto o PIS e a Cofins quanto o ICMS são recolhidos em nome do adquirente da mercadoria, sendo que, por conseguinte, o ICMS será recolhido ao Estado da Federação em que estiver estabelecido o adquirente, do que decorre que este não poderá ser beneficiado pelo Fundap, portanto, se não se encontrar sediado no Espírito Santo.*

*7. Impossibilidade de interpretação de uma mesma situação fática de duas formas distintas, conforme o tributo a ser recolhido, sob pena de ruptura no sistema constitucional tributário, que se aplica ao pormenor.*

*8. Aliás, no voto prolatado assim consta: “Nas importações realizadas pelas empresas integrantes do sistema Fundap, incentivo fiscal instituído pelo governo do Espírito Santo, tem-se o seguinte: a) a Lei Estadual permite que as empresas sediadas no Estado do Espírito Santo importem mercadorias estrangeiras, gozando dos benefícios fiscais ou financeiros no contexto desse sistema; b) as empresas exportadoras, ao contratarem a exportação das mercadorias, realizam a entrega das mesmas e recebem, em contrapartida, o preço, fato que se subsume ao contrato de compra e venda, sem qualquer possibilidade jurídica de ser considerada contrato de consignação; c) as empresas fundapeanas importadoras recebem as mercadorias e realizam o pagamento do ICMS com os benefícios do sistema Fundap, fator que jamais poderia ser considerado na conta de situação inerente a contrato de consignação; d) as empresas importadoras fundapeanas emitem nota fiscal representativa da revenda das mercadorias importadas, fato que não se ajusta ao chamado contrato de consignação. Com efeito, não se pode, apenas com base em uma perícia feita a partir dos dados contábeis na contabilidade da empresa fundapeana, ora apelante, negar a realidade da importação feita pela mesma, para o único propósito de promover a não-incidência do PIS/COFINS devida nessa operação. Tal conduta implicaria em violação direta a dispositivo constitucional (art. 155, II e §2o, XI, “a”, da Constituição), com ruptura na interpretação sistemática do Direito Tributário aplicável à espécie. De fato, não se pode negar a realidade, por meio de dissimulação inadmissível.”*

*9. Apelação improvida.*

*(AC 2002.50.01.003649-4/ES - QUARTA TURMA ESPECIALIZADA - Relator Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES - DJU de 22/02/2008)*

O Tribunal entendeu que a empresa não pode pretender usufruir do FUNDAP em determinadas importações e, ao mesmo tempo, qualificá-las como importações por conta e ordem para excluir da receita tributável aqueles valores referentes à transferência das mercadorias a terceiros.

Na visão do Tribunal, as condutas seriam contraditórias, pois o FUNDAP pressuporia que as importações se sujeitassem ao poder tributante do Estado do Espírito Santo, ou seja, que a importadora sediada no Estado adquirisse as mercadorias e as revendesse. Na importação por conta e ordem, o importador é mero prestador de serviços, que apenas realiza a importação sem qualquer aquisição das mercadorias.

A meu ver, o Tribunal resolveu bem a questão.

O equívoco pode estar na execução do FUNDAP, por seu órgão gestor, o BANDES, que não poderia aceitar o ingresso no programa de declarações de importação que retratassem operações por conta e ordem de terceiros. Porém, no caso examinado, não é possível saber como as operações estavam retratadas nas chamadas DI's.

Um equívoco como esse possibilitaria a sonegação de ICMS importação dos Estados dos estabelecimentos adquirentes, nas operações por conta e ordem e agravaria o problema corrente de abertura de empresas fantasmas no Estado do Espírito Santo, abertas apenas formalmente para gozarem do benefício FUNDAP, sendo suas operações todas arquitetadas por empresas sediadas em outros Estados da Federação.

Se a empresa efetuou operações por conta e ordem, não poderia ter se beneficiado do FUNDAP, pois não praticou o fato gerador do imposto, qual seja, a circulação das mercadorias importadas, apenas prestou um serviço de importação.

Pois bem. Contra esse acórdão, a empresa interpôs recurso especial e

extraordinário. No STJ, o recurso foi improvido por sua 2ª Turma, conforme ementa abaixo:

*“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – EMPRESA REGISTRADA NO FUNDAP – DESTINATÁRIA DAS MERCADORIAS IMPORTADAS – CONTRIBUINTE DE ICMS – PIS E COFINS – DISPENSA DE REVISOR NO JULGAMENTO DE APELAÇÃO – POSSIBILIDADE – NULIDADE NÃO-CONFIGURADA – PROCESSUAL CIVIL - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7/STJ – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL – AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA – INOVAÇÃO DA LIDE EM APELAÇÃO .*

*(..)*

*3. Hipótese em que a recorrente afirma praticar importações por conta e ordem de terceiros, dentro do contexto do FUNDAP, razão pela qual não pode ser tributada, a título de PIS e COFINS, sobre os valores referentes às notas fiscais objetos daquelas operações, uma vez que tais valores não representam seu faturamento, e não configuram o fato gerador das mencionadas contribuições.*

*4. É fato incontroverso nos autos que a empresa recolheu o valor correspondente a ICMS em seu próprio nome, atribuindo-se a si a condição de destinatário final da mercadoria importada.*

*5. Fica descaracterizada a alegada importação por conta e ordem de terceiro, uma vez que, nessa hipótese, o terceiro é quem seria o contribuinte do ICMS e real destinatário da mercadoria.*

*6. Não se aplica, in casu, as disposições contidas nos arts. 80 e 81 da Medida Provisória 2.158-35/2001.*

*7. A recorrente pretende aproveitar os benefícios do FUNDAP, na qualidade de contribuinte de fato, mas, em momento posterior, alega não mais ser contribuinte, a fim de se eximir de outras obrigações tributárias, como ocorre com o PIS e COFINS.*

*8. Modificar o posicionamento da instância ordinária, que reconheceu tratar-se de operação simples de compra e venda, configurando fato gerador do PIS e COFINS, ensejaria o reexame de toda a documentação carreada aos autos, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.*

*(...)”*

(REsp 1134256 / ES - SEGUNDA TURMA – Relatora Ministra ELIANA CALMON - DJe 02/12/2009)

O STJ destacou que a empresa efetuou o recolhimento do ICMS importação em nome próprio, caracterizando-se como adquirente das mercadorias importadas, o que atrai a condição de sujeito ativo para o Estado do Espírito Santo. Essa realidade é incompatível com a versão jurídica defendida pela empresa, de que as operações ocorreram por conta e ordem de terceiros. Essa constatação reforça que houve importações próprias, beneficiadas pelo FUNDAP, com posterior revenda das mercadorias a terceiros, ainda que fossem encomendantes predeterminados, com a geração de receitas tributáveis pelas contribuições PIS e COFINS.

A empresa ainda manejou embargos de divergência, que foram rejeitados monocraticamente. Em seguida, a empresa levou a questão à 1ª Seção por agravo regimental. O acórdão analisou apenas a questão processual de cabimento dos embargos de divergência e transitou em julgado.

*“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PIS E COFINS. IMPORTAÇÃO. RESPONSABILIDADE IMPUTADA À EMPRESA QUE DESEMBARAÇOU A MERCADORIA. FALTA DE PROVA DE QUE A IMPORTAÇÃO OCORREU POR CONTA E ORDEM DE TERCEIRO. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 146 DO CTN. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA.*

*1. Agravo regimental contra decisão que indeferiu liminarmente embargos de divergência nos quais a contribuinte suscita dissenso interno acerca da interpretação do art. 146 do CTN. Para tanto, aduz que o Poder Judiciário manteve o lançamento tributário com critério jurídico diverso, pois, enquanto o fisco imputou a responsabilidade tributária ante a presunção de faturamento decorrente da emissão das notas fiscais pela própria recorrente, o acórdão recorrido teria considerado que os negócios realizados pela recorrente foram simulados com o objetivo de afastar a incidência de PIS e COFINS na operação.*

*2. A embargante não logrou demonstrar a existência de dissídio jurisprudencial entre os acórdãos confrontados. Isso porque o acórdão ora embargado não se contrapõe à tese jurídica adotada nos arestos apontados como paradigmas, segundo a qual é vedado à Administração e ao Poder Judiciário alterar o critério jurídico utilizado*

*para o embasamento do lançamento tributário, nos termos do art. 146 do CTN e da Súmula 227/TFR.*

*3. In casu, a autuação fiscal fundou-se na falta de comprovação de um elemento de fato, qual seja, de que a importação em apreço foi realizada por conta e ordem de terceiro, motivo pelo qual o fisco imputou à empresa capixaba que fez o desembaraço da mercadoria, ora recorrente, o faturamento dessa operação e a sujeição passiva para o recolhimento do PIS e COFINS correspondente. Esse suporte fático considerado para o lançamento foi, apenas, mantido pelas instâncias ordinárias, que, ponderando os elementos fáticos-probatórios, confirmaram a identificação do efetivo importador da mercadoria na pessoa da própria empresa que promoveu o desembaraço aduaneiro, ora recorrente.*

*4. As considerações sobre a dissimulação da operação consignadas pelo acórdão a quo tão-somente reafirmam a premissa fática para o lançamento, de que a recorrente é a verdadeira importadora da mercadoria e, por isso, responsável para o pagamento do PIS e da COFINS.*

*5. Constata-se que, diferentemente dos suportes fáticos considerados pelos arestos paradigmas, na espécie, o acórdão a quo não modificou o critério jurídico do lançamento, o que também denota a falta de similitude fática entre os julgados em comparação.*

*6. Agravo regimental não provido.”*

*(AgRg nos EREsp 1134256 / ES - PRIMEIRA SEÇÃO – Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES - DJe 17/11/2010)*

Esse acórdão analisou apenas a questão processual de cabimento dos embargos de divergência e transitou em julgado.

Porém, havia ainda o recurso extraordinário pendente de exame. Os autos foram enviados ao STF, que se transformaram no RE 635.443. O recurso teve a repercussão geral reconhecida e ainda aguarda julgamento quanto ao mérito do recurso.

A meu ver, a questão relativa à base de cálculo das contribuições PIS e COFINS de empresas importadoras se entrelaçam com as questões relativas ao ICMS importação (a definição do estabelecimento adquirente conforme o caso concreto e do sujeito ativo).

O ordenamento jurídico é íntegro e não pode ser interpretado isoladamente em relação a incidências tributárias distintas, pois os contextos fáticos são os mesmos.

## **CONCLUSÃO**

Em breve síntese:

a) o benefício do FUNDAP, do Estado do Espírito Santo, somente é aplicável às importações em que figurem como adquirentes empresas sediadas em seu território;

b) nas importações próprias e por encomenda (nos termos da Lei 11.281/2006 e da IN SRF 634/2006) o adquirente das mercadorias é o importador, que posteriormente pratica operação mercantil de venda a terceiros no mercado interno;

c) nesses casos, o ICMS importação é devido pelo importador ao Estado em que está domiciliado;

d) na importação por conta e ordem, o adquirente das mercadorias é o terceiro que contratou os serviços do importador;

e) nesse caso, o ICMS importação é devido ao Estado em que está domiciliado o terceiro adquirente;

f) o FUNDAP é aplicável às importadoras (própria ou por encomenda) e aos adquirentes (conta e ordem) que sejam domiciliados no Estado do Espírito Santo;

g) nas importações beneficiadas pelo FUNDAP, o ICMS importação é devido ao Estado do Espírito Santo, e o importador deve ser considerado adquirente das mercadorias importadas, por ter sido contribuinte do imposto;

h) nesses casos, ainda que formalmente a operação de importação seja retratada como por conta e ordem, prevalece a substância da importação própria ou por encomenda, devendo as receitas derivadas da venda das mercadorias integrar a base de cálculo das contribuições PIS e COFINS.

---

## **PIS AND COFINS ON REVENUE OF IMPORT AND THE SPECIFICS OF THE TAX BENEFIT NAMED FUNDAP/ES**

**ABSTRACT:** The imports with benefit from the program FUNDAP of Espírito Santo state (Brazil) generate revenues that undergo different taxation rules according to the chosen import mode.

**KEY WORDS:** Tax Law – Import - FUNDAP - Revenue.

### **BIBLIOGRAFIA**

CARRAZA, Roque Antonio. ICMS. 9ª Ed. São Paulo. Malheiros. 2002.

CARVALHO, Maria Regina Godinho e FREIRE, Sonia Maria Coutinho de Luna. A interposição fraudulenta no comércio exterior. In A prova no processo tributário. São Paulo. 2010, pp 139-155.

CEZAROTI, Guilherme. A questão da competência para exigir o ICMS na importação de bens do exterior: análise à luz do RE nº 268.586-1/SP da 1ª Turma do STF. In Revista Dialética de Direito Tributário nº 136. São Paulo. Dialética. Janeiro de 2007.

COSTA, Rafael Santiago. ICMS/Importação: entendimento do STF acerca da legitimidade ativa. In Revista Dialética de Direito Tributário nº 133. São Paulo. Dialética. Outubro de 2006.

GODOI, Marciano Seabra de. Questões atuais do direito tributário na jurisprudência do STF. São Paulo. Dialética. 2006.

OLIVEIRA, Júlio Maria de e GOMES, Victor. ICMS devido na importação - Fundap - competência ativa. In Revista Dialética de Direito Tributário nº 35. São Paulo. Dialética. Agosto de 1998.

VILLEN NETO, Horácio e CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. Importação por conta e ordem e por encomenda realizada por trading beneficiária do Fundap: reflexões atuais após o Protocolo ICMS 23/2009 celebrado entre São Paulo e Espírito Santo. In Revista Dialética de Direito Tributário nº 181. São Paulo. Dialética. Outubro/2010.

---

# *DIREITO PRIVADO À LUZ DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO*

---

*Fábio Anderson de Freitas Pedro*

*Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Pós-Graduado em Direito Aeronáutico pela Universidade Estácio de Sá, Mestrando em Direito pela Universidade Gama Filho (RJ). Professor do Curso de Direito do Centro Universitário da Cidade (RJ). Professor do Curso de Administração da Faculdade São José (RJ). Professor da Pós-Graduação Lato Sensu do Centro Universitário da Cidade (RJ). Pesquisador. Advogado. Membro da Associação Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial (RJ). Membro da Associação Latino Americana de Aeronáutica (Houston – E.U.A). Membro da Academia Brasileira de Direito Civil (MG).*

**RESUMO:** O Direito Privado foi forjado com pensamento jus filosófico que foi atrelado a uma própria concepção de estrutura do Estado e de maior aproximação ou distanciamento com o liberalismo econômico ou políticas com maior apelo social, a utilização de cláusulas abertas, fruto de uma visão solidarista do direito, baseada em uma mundivisão culturalista, tendo a Constituição Federal como elemento de filtragem de direitos concebendo ao aplicador da norma a buscar por soluções que atendam ao preceito da própria dignidade da pessoa humana.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Privado; Neoconstitucionalismo positivismo, solidarismo, dignidade da pessoa humana

## **INTRODUÇÃO**

O Direito Civil acompanhou uma série de alterações axiológicas desde o fenômeno da Codificação. Presenciou a consolidação das normas privadas que anteriormente eram estabelecidas de forma esparsas e pouco sistematizadas e posteriormente na cultura pós-moderna que se aplicam

ao Direito – a efetividade dos direitos sociais com a sobrevalorização do “ser” sobre o “ter”.

Foi abandonando o viés eminentemente patrimonialista e passou a perceber o Direito como instrumento solidarista. Isto não quer dizer que o Direito Privado tornara - se em sua essência um Direito Social, mas a distinção público-privado de antes, atualmente possui contornos fluídos, em especial com as Constituições promulgadas em diversos recantos do globo, valorizando os aspectos sociais e a própria dignidade da pessoa humana.

Com o Código Civil Brasileiro de 2002, traçaram-se novas diretrizes na busca de um arcabouço de normas baseado no culturalismo. Buscou-se inovar a técnica redacional até então adotada, mas evitando uma ruptura abrupta com o sistema jurídico então vigente, adotou-se a técnica das cláusulas gerais, sempre que possível, permitindo ao aplicador da norma ser também seu intérprete, atendendo aos postulados da Sociabilidade, Eticidade e Operabilidade. Em sintonia com a Constituição Federal, não deixa de ser um instrumento eficiente na busca por um Direito para todos.

O neoconstitucionalismo representou segundo Luís Roberto Barroso “mudanças de paradigma que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência (...), criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral” (BARROSO, 2007, p.2)

## **1. Antecedentes Históricos e Sociais do Neoconstitucionalismo.**

A doutrina de forma uníssona consagra que o berço histórico do neconstitucionalismo na Europa foi após a 2ª Grande Guerra e seus esboços foram inadiando seus efeitos durante todo o século XX.

Para Miguel Carbonell “El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comiezan a surgir después de la segunda guerra mundial y sobre tudo a partir de los años setenta del siglo XX”.(CARBONELL, 2010. p.154)

No Brasil desde o início do século XX algumas profundas mudanças sociais foram experimentadas com as várias leis abolicionistas, com o surgimento de uma classe burguesa ainda tímida face ao grande poderio

ostentado pelos Coronéis, vislumbrou-se o início de um movimento de Codificação no Brasil, desta vez com a influência do Código de Napoleão e do Código Civil Alemão, o BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), embora a tradição oitocentista oligárquica atenuasse os ideais liberais praticados na Europa.

O Código Civil Brasileiro de 1916 teve como pontos, como marcos teóricos: a propriedade e a família patriarcal, ideais socializantes não se verificam nesse ordenamento, mas sim, uma hierarquização social que se refletia, como não poderia deixar de ser no próprio Código Civil.

Socialmente, o Brasil foi marcado por ser um país de dimensões continentais e de grandes contradições sociais e profundas desigualdades. Com o fim da escravidão a extensa mão de obra agora liberta, porém de baixíssima qualificação, trilhava a seguinte bifurcação, permanecia no campo trabalhando para os fazendeiros como escravos libertos ou caminhavam para os pólos urbanos, em regra sem grande estrutura urbanística capaz de absorvê-los de forma digna. Diante de tal situação sujeitavam-se a empregos que não exigiam grande qualificação.

Neste sentido Orlando Gomes (GOMES, 2003 p. 27) explicita:

*Nos primeiros trinta anos da República – 1889 a 1919 – a contradição resultante do desenvolvimento desigual do capitalismo do país, que, grosso modo, pode ser expressa no contraste entre o litoral e o interior, não provocou crises profundas, porque o setor mais ponderável da camada social superior – o dos fazendeiros – utilizou, em proveito próprio, a classe média urbana, que por sua vez, adstrita ao serviço burocrático e militar, por falta de desenvolvimento industrial, a ela se submeteu docilmente, para alargar as suas possibilidades. Esses interesses coincidem, por outro lado, com os da burguesia mercantil, agindo todos em detrimento da massa rural, cujas condições de vida não permitiam, sequer tivesse consciência de sua miserável situação.*

O modelo do Código Civil de 1916 é edificado sobre a valorização do individualismo e busca em movimento de Codificação alçar o Código Civil à norma máxima na esfera privatista, buscando dentro da dicotomia público-privado uma das justificativas teóricas da supremacia do Código Civil para as relações privadas.

Eugênio Facchini Neto (FACCHINI NETO, 2003, p. 18), sobre a valorização do individualismo, afirmou que

*É nesse contexto que o individualismo é visto como valor a ser prestigiado, como reação ao período estamental que caracterizou a era medieval, em que o valor do indivíduo estava ligado não às suas características físicas e méritos pessoais, mas ao estamento social no qual se encontrava integrado. Assim contextualizado, entende-se a enfática defesa que A. de Tocqueville faz desse novo valor.*

Os ideais liberais que nortearam o Código de Napoleão<sup>1</sup> e o próprio Código Civil Brasileiro de 1916 representaram uma busca pela chamada segurança jurídica, considerando que a tendência neste momento era a do primado do Privado sobre o Público. O Contrato e as Leis Civis eram considerados suficientes em si para que o sistema jurídico pudesse caminhar sem oscilações. A burguesia consolidando as conquistas e buscando evitar retrocessos nas mudanças sociais alcançadas dogmatizava as relações privadas em uma visão notadamente patrimonialista, reduzindo de certa forma a autonomia da vontade e a própria interpretação da vontade para os cânones por ela defendidos e incorporados à legislação civil.

Os Códigos representavam o eixo central do direito privado. A Constituição Federal, embora tivesse reconhecidamente o papel de Lei mais importante do sistema normativo de um país, ficava relegada a uma função de mera representatividade de ideais e princípios, enquanto que o Código Civil representava a efetividade das normas a serem seguidas pela sociedade. Numa clara inversão simbólica, o Código Civil representava o instrumento jurídico de maior relevância para a sociedade, visto que as condutas humanas estavam em bojo definidas no ponto de vista privado.

Esta realidade do primado dos Códigos e Estatutos de fato foi alterada no Brasil com a promulgação da Carta Política de 1988 que segundo Luís Roberto Barroso “tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país” (BARROSO, 2007. p.3)

---

<sup>1</sup> Referência ao Código Civil Francês que foi publicado aos 21 dias do mês de março de 1804, sob a orientação do General Napoleão Bonaparte. A sua promulgação, concretizada em 36 leis aprovadas entre 1803/4, ratificou e corrigiu a maior parte das conquistas sociais alcançadas pela sociedade civil burguesa a partir da Revolução de 1789.

## **2 – A Descodificação e a Era dos Estatutos**

A complexidade das relações sociais representa a própria inquietação do ser humano buscando novos avanços tecnológicos e mudanças na forma de enxergar o próprio indivíduo, quer seja nas relações intersubjetivas, quer seja na própria interação do homem com o meio ambiente a que está inserido. Houve uma valorização do homem sobre o objeto, o próprio liberalismo que em seu âmago traz uma série de contradições na busca de um individualismo perde espaço para sentimentos mais humanistas. Embora as revoluções socialistas não tenham obtido o êxito de seus idealizadores, passou-se a observar que ideais socializantes começaram a permear as relações sociais, com uma valorização do “ser” sobre o “ter”, ou seja, uma visão do mosaico normativo, tendo em primeiro plano o indivíduo e em segundo plano a propriedade.

Percebe-se a formação de um polissistema com a edição de um conjunto de regras ocupando espaços que o Código Civil já não conseguia preencher. Dentre essas normas, podemos de forma exemplificativa elencar, a saber: Lei do Inquilinato, Direito Imobiliário, Lei do Parcelamento do Solo Urbano, Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei das Sociedades Anônimas, Lei de Falência e Recuperação Judicial, entre tantas outras.

Em um primeiro momento, esse conjunto de normas com a finalidade de dar completude ao sistema privado eram chamadas de normas extravagantes, pois eram utilizadas para regular situações não definidas no Código Civil. Serviam para dar as diretrizes a situações ou fatos sociais fora de uma “normalidade” prevista pelo legislador. Posteriormente essas normas passaram a ter o rótulo de normas especiais, quer seja nominadas como extravagantes, quer seja nominadas como especiais. De forma cristalizada demonstram que o Código Civil não tem o condão de prever todas as condutas humanas, o que em espécie de fato é impossível a qualquer ordenamento que venha edificado em um sistema sem flexibilidade. Afinal, o ser humano está em constante transformação, quer seja pelo implemento de novas tecnologias que são diuturnamente buscadas, quer seja pela relativização de condutas morais que ao longo do tempo sofreram sensíveis alterações.

A estrutura jurídica privada dos Estados passou de um eixo único que é

o Código Civil para um conjunto de micro-eixos jurídicos, que são chamados de microsistemas. Sobre o tema Orlando Gomes (GOMES, 2003.p.11-13) comentou:

*Essas tantas outras leis especiais distinguem-se do Código Civil e o enfrentam, constituindo microsistemas que introduzem novos princípios de disciplina das relações jurídicas a que se dirigem.*

*Sua proliferação ocasionou “a emergência de novas lógicas setoriais”. Caracterizam-se, com efeito, pela especialidade e pela diferenciação ou concretude. Promulgados para a regência peculiar de determinadas classes jurídicas ou para a proteção particular de uma categoria de pessoas, alguns desses diplomas legais apanham institutos dantes integrantes do Código Civil, enquanto outros atendem a novas necessidades, sem regulamentação anterior.*

Em razão do ativismo de nosso legislador, deve-se alertar para evitar situações em que ocorram dúvidas sobre a aplicabilidade de normas em razão de conflitos entre normas especiais e o próprio Código Civil. Nesse caso, deve-se utilizar as regras de hermenêutica já conhecidas, ou seja, a) *lex posterior derogat*, a lei mais recente revoga a anterior quando expressamente dispuser ou quando tutele um mesmo instituto jurídico; e ainda b) *lex specialis derogat generali*, a norma especial prepondera sobre a norma geral.

A passagem do monossistema para o polissistema não constitui um episódio efêmero, muito ao contrário, representa a nova lógica jurídica, pois o Código Civil possui inegavelmente um papel de destaque nas sociedades modernas que utilizam a sistemática da *Civil Law*. Sendo assim, deve gozar de uma relativa estabilidade, o que impede a aglutinação das várias normas especiais que estão continuamente em transformação, buscando acompanhar o anseio da sociedade.

### **3 – O Movimento Neoconstitucionalista e seus Reflexos no Direito Privado**

No sistema dicotômico, o espaço público representa a coletividade com suas normas de regência, sendo a preponderante a Constituição Federal. Em outro extremo observa-se o espaço privado também com suas normas de regência e a norma que predomina é o Código Civil. A partir dessa concepção, verifica-se de um lado os publicistas e de outro lado os privatistas

com concepções axiológicas diversas, estruturando o ordenamento não em um sistema de eixos, mas em um sistema de paralelas.

O Estado tem assentado suas bases existenciais em um modelo social, as Constituições têm sido impregnadas de valores a reger a sociedade, como o pluralismo cultural, a ética, a destinação de uma sociedade calcada em valores de igualdade e respeito mútuo, dignidade da pessoa humana<sup>2</sup> “onde a propriedade passa a ter uma função social”. Percebe-se claramente um espaço de interseção entre as questões que envolvem a sociedade e as questões que tocam aos indivíduos.

O Estado liberal no Brasil como leciona Paulo Lobo (LÔBO, 2008. p.18-19)) já estava superado desde a Constituição de 1934 que já havia incorporado uma organização social, que foi mais desenvolvida na Constituição de 1988. Aos poucos, os civilistas começaram a abandonar a visão de sistema em que o Código Civil constituía a norma de primeira grandeza para o direito privado e a Constituição a norma de primeira grandeza para o Direito Público. Percebe-se então que o Direito Privado deve ser interpretado de acordo com as vertentes estabelecidas na Constituição Federal. Infere-se então que a Constituição federal não representa uma carta política, mas o arcabouço jurídico que serve uma diretriz dogmática para os todos os ramos do Direito. Nesse sentido, para Luís Roberto Barroso

*Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. (BARROSO, 2007. p. 2)*

*El neoconstitucionalismo, entendido como el término o concepto que explica un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo, parece contar cada día con más seguidores, sobre todo en el ámbito de la cultura jurídica iatlíana y española, así como en diversos países de América Latina (particularmente en los grandes focos culturales de Argentina, Brasil, Colombia y México). Con todo, se trata de un fenómeno escasamente estudiado, cuya cabal comprensión seguramente llevará todavía algunos años. (CARBONELL, 2010. p.153)*

---

<sup>2</sup> A expressão dignidade da pessoa humana surgiu no contexto que hoje é adotado em 1945, no preâmbulo da Carta das Nações Unidas.

*La fuerza normativa de la Constitución trae como ineludible consecuencia que no existan normas que estén al margen del control de constitucionalidad. El hecho de que “que todo sea constitucionalmente verificable no implica que todo sea inconstitucional”, sino que el control de constitucionalidad obliga a que los demás poderes, aun en el ejercicio de atribuciones propias consignadas por una Constitución, deban resguardar la razonabilidad y la proporcionalidad cuando producen las respectivas normas. (DOMINGUEZ, 2009. p. 125-126.)*

Partindo para uma visão metafórica, poder-se-ia dizer que a Constituição Federal é o sol de nosso sistema jurídico e todos os demais diplomas legais, normas consuetudinárias gravitam em torno da Constituição Federal. Em razão disso, pode-se perceber a imperatividade das normas constitucionais sobre todas as demais existentes em um país. Para Emerson Garcia (GARCIA, 2008, p.302-303)

*Após um período relativamente longo de maturação, encontra-se sedimentado o entendimento de que a Constituição, em especial as normas constitucionais que reconhecem os direitos fundamentais, também projeta sua força normativa sobre as relações privadas, devendo nortear a produção e a interpretação das leis ou, em alguns casos, regular diretamente as relações. Tomando-se como referencial o direito privado, a Constituição assegura a sua subsistência, contribui para o delineamento do seu conteúdo, auxilia na fixação dos limites a serem observados na restrição de determinados direitos e, em decorrência do caráter aberto e dos valores veiculados pelas normas constitucionais, que permitem a sua contínua atualização, estimula o seu desenvolvimento e constante adequação à realidade.*

Com a Constitucionalização do Direito, surge uma forma de ver a sociedade solidarizante cujos ideais comuns se sobrepõem aos anseios individuais. Por oportuno, cumpre salientar que não se trata de uma desintegração do individualismo humano, mas sim, do primado do bem comum sobre a necessidade individual.

É nesse contexto que se pode perceber que, embora todos os diplomas legais contemplem o direito do indivíduo ter a propriedade, fica bem clara a noção de que esta propriedade deve atender a seus fins sociais. Tal pensamento não representa em si um antagonismo, mas no plano axiológico, tem-se uma complementaridade que denota o estágio social-

democrático da sociedade em contraposição ao estágio do apogeu do liberalismo que norteou o Código Civil de 1916 entre outros dispositivos legais. Ao tratar do tema Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2000, p. 34) reflete que no último meio século, institutos eminentemente privados em razão de seus contornos passaram a ser ordenados pelo Direito Constitucional.

Paulo Lôbo (LÔBO, p.22-23.) ao comentar sobre o processo de Constitucionalização assevera:

*O processo de constitucionalização do direito civil, assim, largamente delineado, não foi nem é aceito sem resistências. As correntes mais tradicionais dos civilistas reagiram negativamente à interlocução do direito civil com o direito constitucional, entendendo que cada qual deve permanecer em seu lugar.*

É razoável o sentimento de resistência por parte da doutrina. Em primeiro lugar, a ideia de Constitucionalização do Direito Civil representa uma ruptura epistemológica do Direito. Uma estrutura social desenvolveu-se com profundas questões sociais, econômicas e políticas, com marcos teóricos bem consolidados, como a Revolução Francesa e a própria Revolução Industrial.

Em segundo lugar, uma desqualificação em que todas as regras seriam guindadas ao plano constitucional e seu desrespeito representaria em última análise o próprio sentimento de desrespeito às normas fundamentais do Estado.

Não existe uma única concepção para neoconstitucionalismo. Em verdade existem neoconstitucionalismos cuja variável é a amplitude da perspectiva jus filosófica empregada pelas inúmeras correntes doutrinárias que permeiam a ciência do direito, neste sentido Suzanna Pozzolo (POZZOLO. 2010. p.165.) comenta a ambiguidade e extensa difusão léxica entre os constitucionalistas

*El término "neoconstitucionalismo", aunque fue pensado para identificar una perspectiva iusfilosófica antiuspositivista, muy pronto se convirtió en un término ambiguo: su extensa y vertiginosa difusión en el léxico de iusfilósofos y constitucionalistas amplió su capacidad denotativa reduciendo sus potencialidades connotativas. Así, rápidamente, el término fue empleado para indicar fenómenos diferentes, si bien conctados entre ellos.*

Norberto Bobbio (BOBBIO, 2010, p. 278) ressalta que na medida em que as legislações envelheciam percebia-se as insuficiências do sistema, ficava patente a inexistência de um dogma da completude, que o legislador sem o dom da onisciência, não podendo prever e assim normatiza todas as condutas.

Para Renata Domingues Barbosa Balbino (BALBINO, 2002, p. 111), Os princípios deixaram de ser apenas mecanismos supletivos para adquirir a função de fontes do direito. E é exatamente esta a maior contribuição das diretrizes teóricas do novo Código Civil, a formulação de cláusulas abertas com a clara utilização de princípios de matriz constitucional que produzirão jovialidade à norma, sempre acompanhando os valores éticos em destaque na sociedade.

Para Luís Prieto Sanchis (SANCHÍS, 2005. p.94.) o Constitucionalismo pós-positivista promoveu uma verdadeira propagação epidêmica de sinceridade no trato das relações interpessoais:

*El constitucionalismo postpositivista ha contribuido a la propagación de una auténtica epidemia de sinceridad, ofreciendo respaldo o cobertura teórica para decir con argumentos refinados lo que casi todos sabían o intuían, a saber: que cuando se resuelven conflictos jurídicos se están ofreciendo respuestas morales y que, por tanto, es perfectamente lógico que en el razonamiento jurídico se conjuguen argumentos procedentes del Derecho estricto con otros derivados de la filosofía de la justicia.*

O Código Civil deixou de ser a bússola das relações privadas voltada em si mesma, como assevera Daniel Sarmento (SARMENTO, 2009) “O Direito brasileiro vem sofrendo mudanças profundas nos últimos tempos, relacionadas à emergência de um novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais”, neste sentido, os princípios designados na Constituição deixam a distante órbita de enunciados a serem materializados em normas infraconstitucionais e passam a ser um filtro a que todo o sistema jurídico deve ser submetido.

Este fenômeno não representa o triunfo da moral sob a norma com a desconstituição total e absoluta do positivismo jurídico, mas a interpretação da norma deves absorver toda a gama de espectro valorativo social, inclusive com uma ponderação de repercussão de ordem moral com uma valorização principiologica dos dispositivos legais.

A questão da interpretação a luz de uma necessária leitura constitucional é que defende María de los Ángeles Manassero (MANASSERO, 2006, p. 37) ao retratar a proximidade axiológica entre os preceitos morais e em vários casos a própria questão dos direitos fundamentais.

*La interpretación constitucional es, sin lugar a dudas, la actividad ue con mayor frecuencia enfrenta a los intérpretes del derecho con la determinación del significado de términos que encierran criterios valorativos o morales. Estos términos, unidos a otros perfilan, en muchos casos, los derechos fundamentales.*

Evidentemente que a preocupação que surge é a leitura dos excessos e a formatação de uma textura jurídica tão aberta que represente contínuas e infinitas colisões entre preceitos que em última análise serão elevados a ordem constitucional dos Direitos Fundamentais

*La utilización de “conceptos morales” en el lenguaje jurídico sitúa a cualquier tribunal frente al problema “moral” de identificar qué “concepciones” son las más adecuadas para aplicar tales “conceptos morales”. El Derecho como integridad espera en este punto de los intérpretes (y de los jueces en especial) que opten por una concepción que pueda integrarse a otras intepretaciones pasadas de los mismos conceptos, de forma tal que pueda concebirse a las decisiones actuales y a las pasadas como parte de un sistema o cuerpo único de principios.(ZAMBRANO, 2006, p. 96)*

O Positivismo jurídico é a herança do Estado Direito, cujo modelo veio sendo fatigado até as primeiras luzes do século XX, onde diante de questões como o nazismo e fascismo havia uma resistência ao rotular todos os atos atentatórios a dignidade da humanidade como expressão de justiça no como subproduto da subsunção meramente normativista. E passamos ao Estado Constitucional onde os direitos e postulados de humanidade, solidariedade e etica recebem uma sobrevalorização em vários sistemas constitucionais, inclusive o do Brasil.

*El modelo que había constituido la referencia en los últimos siglos, al menos durante la vigencia del positivismo, era el Estado de derecho legislativo, vertebrado y culminado por la ley. Sin embargo, dicho modelo está hoy agotado. Hoy estamos instalados en el Estado constitucional de derecho, cuya comprensión demanda un nuevo tipo de respuesta teórica. En este conexto surge a disputa actual entre positivismo y no-positivismo, con la variante del positivismo jurídico*

*incluyente, o entre legalismo y constitucionalismo, denominaciones que refieren los intentos de articular un modelo de comprensión del Derecho ajustado a la fisonomía de los sistemas políticos y jurídicos contemporáneos. (SEONANE, 2006, p. 122-123)*

*Superioridad normativa de la Constitución. Varias tesis se derivan de esta afirmación, de las que destacará: 1) La Constitución constituye una auténtica norma jurídica, válida y aplicable, y no una mera norma programática. 2) la Constitución no es una norma cualquiera, sino la cúspide del sistema jurídico, que ostenta primacía sobre las restantes normas, cuya validez parte y desemboca en ella; 3) todo el ordenamiento jurídico ha de interpretarse de conformidad con ella. Representa, en última instancia el criterio de validez de todas las normas jurídicas (nueva teoría de la validez), y 4) todos los poderes públicos y ciudadanos están sujetos a ella. De este modo, existe una subordinación del poder legislativo a la regulación constitucional. (SEONANE, 2006, p. 125)*

O Direito Privado recebendo os influxos do neoconstitucionalismos não esta imune de criticas, nem representa o total aperfeiçoamento do sistema jurídico. Uma das criticas reside na forte hierarquização do Poder Judiciário, que lhe coloca em posição superior a dos demais poderes, inclusive com uma latente crise de legitimidade uma vez que no Brasil em regra os membros do Judiciário não representam um organismo eleito pela comunidade, mas por um funcionalismo publico qualificado no tocante ao saber, mas não atrelado necessariamente à vontade popular.

*La implementación gradual del modelo neoconstitucional no ha dejado de suscitar polémicas, como el enfrentamiento entre las tesis optimista e escéptica frente a la atribución de fuerza vinculante a la jurisprudencia, al igual que su papel (no sólo jurídico sino también) político en la critica a la predominante influencia del formalismo jurídico en nuestras formas de entender el derecho, en la que subyace una ideología que irradia todas las instituciones. (SEONANE, 2006, p. 125)*

## CONCLUSÃO

O Direito Privado, foi objeto de várias alterações sendo forjado com pensamento jus filosófico que foi atrelado a uma própria concepção de

estrutura do Estado e de maior aproximação ou distanciamento com o liberalismo econômico ou políticas com maior apelo social, passando do Estado de Direito para o Estado Social

A mudança metodológica com a inserção de várias cláusulas abertas e um filtro Constitucional tem o condão de dar-lhe sempre um ar jovial, à medida que os operadores do Direito, ou seja, advogados e magistrados têm a liberdade de buscar a interpretação que seja compatível com o senso de justo da sociedade em determinado momento da história ou mesmo observado o conjunto de valores morais de uma determinada região ou determinado grupamento social.

O Código Civil Brasileiro de 2002 passou a ser dotado de uma perenidade, que é atributo que se busca em qualquer normatização, em especial, aquela cujos efeitos refletem em todo ordenamento privado de um país.

Nesse sentido, quebram-se os grilhões que escravizavam o intérprete que agia corretamente ao simplesmente aplicar a Lei. A visão Positivista do Direito representa a subsunção do Justo ao que foi Normatizado sem considerar as nuances de cada caso, estabelecendo um tratamento único e padronizado a todos, indistintamente de suas peculiaridades fáticas. As diretrizes adotadas pelo Código Civil harmonizam-se com os preceitos Constitucionais e constituem verdadeiro avanço no Direito Privado.

Com a Constitucionalização do Direito Civil, a aplicação dos postulados: eticidade, socialidade e operabilidade podem ser apresentados pelos operadores do Direito e decididos pelo judiciário com o diálogo das fontes normativas e com uma hermenêutica orientada à luz da Constituição Federal.

Como ensina Guilherme Calmon (GAMA, 2007, p.238-239)

*Observa-se que o trabalho a ser desenvolvido é, ainda, bastante intenso e árduo. A constitucionalização do Direito Civil é fenômeno e, simultaneamente, diretriz dos novos tempos, permitindo se alcançarem a unidade, a harmonia e a coerência no sistema. As normas jurídicas codificadas, a despeito do esmero na sua formulação na via legislativa e da sua pertinência à ordem jurídica em vigor, não deixam de se revestir de algo teórico, necessitando, assim, ser diuturnamente experimentadas e avaliadas de acordo com a verificação das suas consequências no meio social. Daí porque a*

*atividade de interpretação não pode se restringir às normas jurídicas, devendo abranger os fatos da vida social, bem como inserir as normas no contexto do processo histórico global sob o prisma das necessidades sociais contemporâneas.*

O Código Civil Brasileiro de 2002 rompe com a dogmática oriunda do pensamento oitocentista, procura humanizar as relações intersubjetivas, realçando o elemento subjetivo, atendendo a postulados de boa-fé, valorizando a ética que por tantas vezes foi lançada no recôndito monturo em nome da posituação e de uma suposta segurança jurídica. Com o atual corpo normativo civil, a opção do legislador foi firmada no sentido de coroar a busca pela Justiça e pelo bem estar social.

## **PRIVATE LAW IN THE LIGHT OF THE SUPREMACY OF CONSTITUTION**

**ABSTRACT:** The Private Law, was wrought with philosophical thought justice was tied to a very conception of the state structure and greater proximity or distance with liberalism or economic policies with greater social appeal, the clauses of utilização open the fruit of a solidarist view of the right based on a worldview culturalista with the Federal Constitution as a filter element of conceiving rights enforcer of the rule to search for solutions that meet the very precept of human dignity

**KEY-WORDS:** Private law, neoconstitutionality, positivism, solidarism, human dignity

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BALBINO, Renata Domingues Barbosa. **O Princípio da boa-fé no Código Civil.** In: Revista do Advogado. Ano 22. n. 68. São Paulo. Dez. 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, nº 9, Salvador, março-abril-maio de 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito.** 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes. 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

CARBONELL, Miguel e JARAMILLO, Leonardo García. Desafíos y retos del canon neoconstitucional. In: CARBONELL, Miguel e JARAMILLO, Leonardo García (organizadores) **El canon neoconstitucional.** Madri: Trotta, 2010.

- CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: CARBONELL, Miguel e JARAMILLO, Leonardo García (organizadores) **El canon neoconstitucional**. Madri: Trotta, 2010.
- DOMINGUEZ, Andres Gil. Escritos sobre Neoconstitucionalismo. Buenos Aires: Ediar. 2009.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: livraria do advogado, 2003.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. In: CARVALHO, Dimas de Messias e CARVALHO, Dimas Daniel (coord). **Direito das Sucessões Inventario e Partilha**. Minas Gerais: Del Rey. 2007.
- GARCIA, Emerson. **Conflicto entre Normas Constitucionais**: Esboço de uma Teoria Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.
- GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil**. São Paulo: Martins fontes, 2003.
- LÔBO, Paulo. A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro. In **Direito Civil Contemporâneo**: Novos problemas à luz da Legalidade Constitucional (org. Gustavo Tepedino). São Paulo: Atlas, 2008
- MANASSERO, María de Los Ángeles. Términos valorativos, objetividad y teoría interpretativa del Derecho en la interpretación constitucional. In: CIANCIARDO, Juan (coord) **La interpretación en la era del neoconstitucionalismo**: una aproximación interdisciplinaria. Buenos Aires: Depalma.2006.
- POZZOLO, Suzana. Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución. In: CARBONELL, Miguel e JARAMILLO, Leonardo García (organizadores) **El canon neoconstitucional**. Madri: Trotta, 2010.
- SANCHÍS, Luis Prieto. **Constitucionalismo y Positivismo**. México: Fontamara, 2005.
- SARMENTO, Daniel, O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. "O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades". In: Daniel Sarmento (Org.) **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2009.
- SEOANE, José Antonio. La configuración jurisprudencial de Derechos Fundamentales. In: CIANCIARDO, Juan (coord) **La interpretación en la era del neoconstitucionalismo**: Una aproximación interdisciplinaria. Buenos Aires: Depalma, 2006.
- ZAMBRANO, María del Pilar. El Liberalismos Político y la interpretación constitucional. In: CIANCIARDO, Juan (coord) **La interpretación en la era del neoconstitucionalismo**: Una aproximación interdisciplinaria. Buenos Aires: Depalma, 2006.



---

# *SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E LIMITE DO CONTROLE DO PODER*

---

*Fábio Cesar dos Santos Oliveira*

*Juiz Federal na Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP).*

**RESUMO:** A separação das funções estatais, após a segunda metade do século XX, tem seu conceito revisto e passa a ter, como finalidades, a preservação do regime democrático e o favorecimento do processo deliberativo, o desenvolvimento de competências especializadas e a proteção de direitos fundamentais. A constitucionalização do Direito dá nova dimensão ao exercício da jurisdição, o que exige a definição de novos limites à atuação do Poder Judiciário.

**PALAVRAS-CHAVES:** Separação de funções – Constitucionalização – Poder Judiciário.

## **1 INTRODUÇÃO**

O estudo da separação das funções estatais exige que se esclareça que o termo “função” é ora empregado para designar o conjunto de atos e atividades perpetrados pelo Estado, através de seus órgãos e agentes, por meio de processos voltados à consecução das atividades basilares que lhe são confiadas (MIRANDA, 2007, p. 231). A partir dessa definição, exclui-se a compreensão da “função estatal” como finalidade ou propósito legitimador

do exercício do Poder Público. Ademais, a análise do tema relacionado à separação das funções estatais em substituição à corrente designação separação de poderes não é indiferente à dogmática jurídica, uma vez que, sendo o poder político um dos elementos do conceito de Estado, há que ser reconhecida a sua unidade como consecratório da soberania que lhe deve ser indissociável, em razão de sua incontrastável autoridade nos limites de seu território, sob o risco de se considerarem legítimos ordenamentos jurídicos concorrentes emanados de fonte não estatal. Portanto, correta é a designação da separação das funções estatais, singularizadas pela legislação, administração, e pelo exercício da jurisdição em competências insuscetíveis de segregação estanque, em detrimento da “separação de poderes”, que remete à idéia incompatível com o desenvolvimento das premissas da Teoria Geral do Estado.

Embora a separação das funções estatais seja apreendida como um dos dados imprescindíveis ao conceito racional-ideal de Constituição<sup>1</sup>, tal como preceituado no art. 16, da Declaração francesa de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a compreensão de seu cerne não foi isento de ataques e tampouco seus contornos ficaram imunes às distintas concepções de Constituição que se seguiram, bem como às características sociais e políticas que informaram tal fenômeno em diferentes Estados, principalmente quanto à extensão dos limites, ao grau de controle e à projeção de mecanismos recíprocos de contensão. A experiência brasileira, posterior à Constituição da República de 1988, é rica em demonstrações de tais mudanças, cuja multiplicidade traz à baila o questionamento da pertinência da manutenção do estudo da separação das funções estatais ainda atrelado ao entendimento inaugurado pelas revoluções liberais burguesas do século XVIII.

---

<sup>1</sup> O conceito racional-ideal “provém do momento histórico da difusão do constitucionalismo vigente à época da Revolução Francesa, cuja doutrina dói exposta por Emmanuel Sieyès. A Teoria do Poder Constituinte de Sieyès propunha o estabelecimento de uma Constituição baseada nos seguintes pontos capitais: declaração de direitos, forma escrita, governo representativo, separação entre poder legislativo e executivo. Tornava-se necessária a convocação de uma Assembléia Nacional, representativa de toda a nação, com os poderes extraordinários constituintes para formular a nova Constituição.” BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da Constituição*. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1979, p. 17. Em perspectiva diversa, Manuel García-Pelayo adota o conceito de Constituição “racional normativo” inaugurado pela Constituição norte-americana de 1787. GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1984, p. 333.

## 2 A SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS: PROPÓSITOS FUNDAMENTAIS.

A separação das funções estatais encontra antecedente remoto nas obras de Aristóteles, quando tratou-se dos riscos inerentes à concentração de poderes enfeixados em torno de um único indivíduo, e de Marsílio de Pádua, ao diferenciar as atividades legislativa e executiva (DALLARI, 1995, p. 192). Elaboraões seguintes foram feitas por James Harrington, quanto à definição de um complexo sistema de controles e limitações, e por John Locke, ao ser vislumbrada uma divisão entre poderes legislativo, executivo e federativo, esse responsável pela condução das relações externas do Estado (SCHMITT, 2008, p. 220). No entanto, será em “O Espírito das Leis”, de Montesquieu, que a idéia de separação das funções estatais ganhará maior repercussão e , por conseguinte, influenciará, ao lado de “O Federalista”, as experiências constitucionais que se seguiram no século XVIII e XIX. Montesquieu, em bases ainda pouco elaboradas, procede à diferenciação entre as funções executiva, legislativa e judiciária, insuscetíveis de serem reunidas em um único órgão a fim de que a liberdade dos cidadãos não sofresse qualquer tipo de coerção injusta. A proteção das liberdades contra tais espécies de agressão dar-se-ia mediante a instauração de mecanismos de contenção, confiados a órgãos com atribuições diferenciadas para que o exercício do poder não ocorresse de forma arbitrária. Por seu valor histórico, transcreve-se o seguinte excerto da obra principal de Montesquieu (2005, p. 168):

*Existem em cada Estado três tipo de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.*

*Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas , instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado.*

*A liberdade política, em um cidadão, é esta tranqüilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão.*

*Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.*

*Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.*

*Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as relações públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.*

A posição de Montesquieu, que se coadunava com as reivindicações das revoluções burguesas, ressentia-se de aprimoramentos que reforçam a impossibilidade do seu traslado integral para o Estado Democrático de Direito, nos quais afirmações relacionadas à “nulidade” do Poder Judiciário (2005, p. 172) e à impossibilidade de o Poder Legislativo exercer controle sobre o Executivo (2005, p. 174) soam pouco plausíveis.

À defesa da liberdade em oposição ao Estado absolutista, somava-se a necessidade de contenção recíproca entre as especializações das funções estatais, de sorte que a prevalência de uma delas não traduzisse supremacia capaz de menoscabar as demais e, conseqüentemente, trair a lógica imanente à separação. Conquanto Montesquieu já houvesse afirmado que os “poderes”, quando obrigados a movimentarem-se, devem “avançar concertadamente” (2005, p. 176), o exemplo mais notável de controle reflexivo entre tais funções é extraído do direito norte-americano, por meio do mecanismo de “*checks and balances*” (freios e contra-pesos)<sup>2</sup>,

<sup>2</sup> A criação de tal sistema está atrelada à manutenção dos interesses das classes econômicas mais elevadas, temerosas dos resultados futuros do processo democrático. A lição de Manuel García-Pelayo é esclarecedora a respeito: “[...] *las sesiones de la convención e incluso las mismas páginas de Hamilton y Madison están traspasadas por el temor a la democracia y a que las clases pobres puedan desarrollar una política favorable a sus intereses. A esto lo llamaban el ‘despotismo de las urnas’.* Pero el establecimiento por la constitución federal de un sufragio censitario basado en la propiedad mueble (pues los extremistas eran los agricultores) hubiera hecho imposible la ratificación de la constitución, dada la magnitud numérica de los estratos excluidos. Al ver cerrada esta vía, los constituyentes crearon un sistema de frenos y equilibrios destinado a desnaturalizar la esencia misma de la democracia; cierto que la Cámara de Representantes sería elegida directamente por los ciudadanos a quienes la legislación de cada Estado diera derecho de sufragio; pero sus poderes fueron limitados en cuanto que se le contrapuso un Senado elegido por las Asambleas de los Estados, ya alejadas de la multitud; mientras que los diputados eran elegidos cada dos años, los

como decorrência da persecução de “um governo bem equilibrado”, a fim de que, a par do controle do povo sobre o governo, fosse assegurado o controle dos poderes entre si como instrumento contra abusos eventuais (ARAGÓN, 1994, p. 29). Os resultados mais perceptíveis dessa concepção - exemplificados no poder de veto do chefe do Poder Executivo a projetos de lei, na possibilidade dessa reprovação ser substituída por maioria qualificada dos membros do Poder Legislativo, na destituição do Presidente da República por meio do processo de impedimento (*impeachment*), no controle exercido “no” e “pelo” Parlamento (ARAGÓN, 1994, p. 170)<sup>3</sup>, no processo de escolha dos membros das altas Cortes de Justiça e no controle jurisdicional da legalidade e da constitucionalidade de atos administrativos e normativos - não escondem, porém, a perspectiva democrática que se extrai desse arranjo.

De fato, nos Estados Democráticos de Direito, a investidura dos postos de comando do Executivo e do Legislativo tem raiz eleitoral, legitimada pelo resultado da vontade dos cidadãos, ainda que passível de atenuação nas hipóteses de sufrágio indireto para a escolha do Chefe de Governo ou de Estado, e das monarquias parlamentares, em que as atribuições inerentes à chefia do Estado são usualmente deferidas ao monarca, cuja autoridade funda-se na tradição. A participação dos eleitores em tais processos de

---

*senadores lo fueron para seis, verificándose su renovación por tercios, con lo que el Senado obtenía mayor continuidad que la Cámara baja, ya además se exigió mayor edad para los senadores, lo que no deja de ser otro elemento conservador. Frente a esta legislatura se estableció un Presidente fuerte, dotado de veto y elegido cada cuatro años por compromisarios, según el procedimiento a determinar por las legislaturas de los Estaos, método que suponía un sufragio indirecto en dos o tres grados, y, en fin, un Tribunal Supremo compuesto de jueces vitalicios y elegido por los os órganos más alejados de la masa popular (el Presidente y el Senado), institución que contenía en germen la competencia de declaración de nulidad de los actos de los demás poderes.” GARCÍA-PELAYO, Manuel. cit, p. 337.*

<sup>3</sup> Em voto prolatado em julgamento da ACO 730-RJ (STF, Pleno, DJ 11.11.2005), o Sr. Ministro Joaquim Barbosa deixou assente:

“[...] Como se sabe, a fiscalização exercida pelos órgãos legislativos, aí incluídos os legislativos estaduais, é um mecanismo essencial dos *checks and counterchecks* por meio dos quais um ramo do poder controla o outro, assegurando, assim, um certo equilíbrio no exercício das funções governamentais, tendo por objetivos derradeiros a liberdade e a satisfação do bem comum. Dessa ferramenta de fiscalização muitas vezes a efetividade das investigações levadas a efeito pelas comissões parlamentares de inquérito. [...] Aliás, essa importância conferida à função de fiscalização decorre talvez de uma simples constatação daquilo que já foi avançado por alguns juristas mais argutos: o fato de que, na configuração moderna do Estado, a função de fiscalização tende a superar em relevo a própria função legislativa do Estado. No quadro constitucional e federativo brasileiro, a fiscalização dos órgãos da Administração exercida sem exclusividade pelos órgãos legislativos, constitui um *pendant* necessário, uma decorrência natural de um princípio constitucional sensível, o princípio da obrigatoriedade da prestação de contas da administração pública, direta e indireta (at. 34, VII, d), princípio esse cujo descumprimento pode ensejar o mais traumático dos eventos constitucionais suscetíveis de ocorrer em um Estado federal: a intervenção federal no estado-membro”.

escolha denota, em contexto de amplo exercício das liberdades políticas, a possibilidade de distintas posições e projetos coletivos serem vertidos à arena política de modo concorrente de forma que indivíduos, livres e iguais, possam ser equiparados no processo de formação da vontade estatal.

As propriedades inerentes ao sistema majoritário e proporcional de votação permitem que os corpos dos órgãos legislativo e executivo contenham distintas composições, alimentando, com lastro na diferenciação entre oposição e governo, a possibilidade de atuação de controles recíprocos engendrados com o intuito de evitar a sobreposição de vontades unívocas capazes de cercear a continuidade do debate democrático. Nessa perspectiva racional, o Poder Judiciário, lastreado no caráter técnico da investidura de seus membros, situa-se, em contrapartida, como instância imparcial e independente apta a declarar a nulidade de atos administrativos que se oponham ao conteúdo pré-definido pelas leis, bem como contradigam os preceitos constitucionais, mormente no que toca à proteção dos direitos fundamentais.

É à luz de tais premissas que Bruce Ackerman aponta que as finalidades da separação das funções estatais são três: (i) assegurar o exercício do regime democrático, por servir ao projeto de autogoverno popular; (ii) desenvolvimento de competências especializadas, a fim de que leis democraticamente aprovadas não sejam desprovidas de aplicação em razão do exercício parcial de atribuições destinadas à Administração e ao Judiciário; (iii) bem como a proteção e a promoção dos direitos fundamentais (2000, p. 640). Cass R. Sunstein alinha-se à mesma posição quando sustenta que, além auxiliar a eficiência do Estado mediante a distribuição de tarefas a ramos especializados que se veem desonerados do exercício múltiplo de atribuições frequentemente contrastantes, a separação das funções - informada pelo sistema de controles recíprocos - é medida favorecedora do processo deliberativo, pois impede que o governo torne-se âmbito de acesso exclusivo de determinados segmentos da sociedade, bem como permite que os cidadãos ou a minoria política possa contestar, nas distintas esferas de controle, medidas tomadas em seu prejuízo (2001, p. 98-99).

As características e os propósitos ínsitos à separação das funções estatais revelam, porém, traços ainda pouco explorados pela ciência

jurídica, particularmente, no que toca ao processo de tomada de decisões nos órgãos executivo, legislativo e judiciário. Com efeito, tendo-se como supedâneo as proposições de Jürgen Habermas quanto ao princípio discursivo, constata-se que as três esferas especializadas no desempenho das funções estatais contribuem de forma distinta para a manutenção do regime democrático sob a égide da prática jurídica.

Ao legislativo, espaço próprio à congregação de representantes de orientações políticas diversas, mais permeável à influência da esfera pública, cabe a configuração do sistema de direitos e a elaboração de leis que balizarão o poder organizado do Estado. Em cenário de pluralismo político, a dicotomia maioria/minoria reproduz os dissensos e conflitos da sociedade, bem como traduz quais expectativas normativas devem ser selecionadas a fim de que a elas seja deferido conteúdo obrigatório ao cabo do processo legislativo (NEVES, 2006, p. 191). O exercício de tais atribuições sujeita-se à fiscalização pública, que se evidencia no processo eleitoral de renovação da composição das casas parlamentares, bem como sofre o influxo do controle do Executivo, exemplificado pelo poder de veto, e do Judiciário, como denota o processo de fiscalização de constitucionalidade.

Ao Executivo, adstrito pelo espaço de ação definido pelo ordenamento jurídico, cumpre a elaboração do “conteúdo teleológico do direito vigente, na medida em que este confere forma de lei a políticas e dirige a realização administrativa de fins coletivos” (HABERMAS, 2003, p. 232). É no seu âmbito que a burocracia estatal aparelha-se de forma mais robusta, uma vez que o Executivo é o principal responsável pela efetivação dos projetos debatidos e definidos democraticamente no processo eleitoral, bem como, através da promoção da segurança, contra ataques externos, e da atividade policial, em sua feição preventiva e repressiva, assegura o funcionamento do Legislativo e do Judiciário. A vinculação da Administração Pública à lei é resultado da origem democrática que antecede à sua promulgação, e confirma a assunção de que os cidadãos somente devem ter suas liberdades cerceadas por normas - que aspirem à generalidade e à abstração, como consecutório da isonomia formal - nas quais eles concorreram para elaboração.

Embora caiba ao Judiciário a aplicação do direito a situações fáticas litigiosas, as suas atribuições extremam-se daquelas conferidas ao Poder

Executivo, pois a consecução de tal tarefa não almeja a realização de um discurso pragmático, mas a resolução de conflitos que possam assegurar a estabilização de expectativas de comportamento. A asserção, antes comum, quanto à reserva da atividade jurisdicional à direta reprodução da decisão previamente tomada pelo legislador é atualmente suscetível de críticas, porque a interpretação indispensável à decisão judicial revela processo para o qual confluem a análise da situação fática, a formação do intérprete e a orientação jurisprudencial pretérita, renovada cada vez que sua observância é confirmada (GRAU, 2005, p. 81). Não obstante a discussão sobre as perspectivas distintas que informam os conceitos de enunciado legal (enquanto texto de direito positivo) e norma jurídica (como resultado do processo de interpretação/aplicação) fuja ao escopo do presente estudo, a lógica dos discursos empregados pelo Legislativo e pelo Judiciário também encontra diferença no que atine ao número de participantes envolvidos, à abrangência do consenso perseguido, e à fundamentação empregada para obter-se a decisão final.

A constatação de tais particularidades foi percebida por Klaus Günther (2004, p. 21) ao identificar os traços próprios a um discurso de fundamentação e a um discurso de aplicação de normas jurídicas. O reconhecimento de tal distinção funda-se na impossibilidade de a dimensão de validade de uma norma esgotar, por si, toda a complexidade inerente à sua aplicação, a qual abrange uma miríade de hipóteses não vislumbradas pelo legislador<sup>4</sup>. Esses traços particulares indicam a complexidade própria às funções legislativa e judicial, e devem ser reputados como relevantes para que se perquiram quais os limites que o Judiciário deverá arrostar e os fundamentos que deverá utilizar no processo de interpretação, especialmente difícil se voltado à aplicação de normas constitucionais.

---

<sup>4</sup>“A opção por uma perspectiva interna, que vise à reconstrução de fundamentações intersubjetivas de ações e suas respectivas condições, deverá, na argumentação seguinte, ser ampliada pela suposição de que razões de ações contêm não apenas uma dimensão de validade, mas também uma dimensão de aplicação. Se as razões para a coordenação de ações forem relevantes, não basta, como alegação, a indicação da situação, tampouco a indicação de uma norma, cada uma tomada por si mesma. No primeiro caso, a ação seria explicada como simples reação de adaptação a uma situação, enquanto que as razões para a aplicação de uma norma seriam uma questão de mera retórica, no sentido pejorativo. No segundo caso, o argumento de que, na base da ação, repousaria uma norma passível de fundamentação não basta, porque não há norma que consiga regular todos os casos da sua aplicação. Esse reconhecimento nos induz à alternativa de retornar a hábitos, em lugar de normas, ou de mudar a definição da relação entre norma e situação para a contraposição entre caso normal e situação excepcional. Vista de uma perspectiva interna, a aplicação de normas aparece, por sua vez, como um processo cognitivo em que as razões desempenham igualmente um papel importante, mas são diferentes daqueles que se podem alegar para a validade de uma norma.” GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Trad. de Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 21.

### **3 O PODER JUDICIÁRIO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO.**

A separação das funções estatais, permeável à configuração que lhe é dada pelo ordenamento jurídico vigente, conforma-se às normas constitucionais de organização do poder e definição de competências dos órgãos estatais. A análise comparada das experiências constitucionais veda que se extraia modelo abstrato comum quanto às atribuições e aos mecanismos de controle de tais funções, que podem distender-se ou contrair-se em consonância com os limites almejados pelo constituinte e observados na prática político-jurídica.

Conforme a conclusão antes expendida, os efeitos da denominada “constitucionalização” do ordenamento jurídico também produziram reflexos na configuração das funções estatais. Vale registrar que, com o emprego de tal expressão, procura-se designar a força “invasora” das normas constitucionais que condicionam os poderes constituídos, espalhando-se pela jurisprudência, pelas relações sociais e balizando a ação dos atores políticos (GUASTINI, 2005, p. 49). A Constituição, cuja aplicação era esvaziada por ser entendida erroneamente como norma de chancela de pactos políticos transitórios, reafirma-se enquanto parâmetro de aferição de validade dos atos normativos que lhe são inferiores, bem como informa os diferentes ramos do Direito, cujas regras não podem ser interpretadas de forma incongruente com ela (ZAGREBELSKY, 2007, p. 40). A “constitucionalização” do ordenamento jurídico é fenômeno de distintos matizes que ganhou força após a II Guerra Mundial na Alemanha e Itália, e depois do ocaso de regimes não-democráticos na Espanha, Portugal (final da década de 70) e no Brasil, com a Constituição da República de 1988.

A relevância do papel desempenhado pela Constituição surge concomitantemente à criação ou ao fortalecimento da jurisdição constitucional que, mesmo no sistema de controle de constitucionalidade difuso, é acentuada pela competência confiada ao seu órgão de cúpula. Embora o realce dado à jurisdição constitucional tenha sido impulsionado por razões particulares em cada país onde foi observado, é fato que a lógica rígida da separação das funções estatais teve que ser reavaliada para que se coadunasse com esses novos parâmetros. Pretende-se com isso afirmar que, em sociedades pautadas pelo pluralismo político, o Legislativo e o

Executivo deixaram de ser canais exclusivos de manifestação de dissensos presentes na esfera pública, ao passo que o Judiciário, no exercício de exegese dos dispositivos constitucionais, tornou-se ambiente propício à apresentação de reivindicações - amparadas na aplicação direta e imediata de preceitos da Lei Maior - que encontravam óbices nos espaços ordinários de deliberação<sup>5</sup>.

O êxito de tais iniciativas não se apega exclusivamente ao perfil analítico da Constituição, bastando, para tanto, o contraexemplo da Suprema Corte norte-americana e a preponderância do movimento de “ativismo judicial” em suas decisões nas décadas de 50 e 60, do século XX<sup>6</sup>. Contudo, não há que se ter como despiciendo o dado de que as Constituições, que buscam abarcar extenso número de fatos e relações jurídicas sob o seu comando, não se restringem à enunciação de direitos fundamentais clássicos, à organização do Poder e à delimitação das funções estatais. Além das regras e princípios afetos ao conceito do constitucionalismo liberal, torna-se corrente a positivação de objetivos fundamentais da sociedade, metas de políticas públicas e opções ideológicas, que suscitam dúvidas quanto à manutenção da visão tradicional da separação das funções estatais inaugurada com a obra de Montesquieu. Esses elementos não escaparam à análise de Mauro Cappelletti (1999, p. 88-89) quando escreveu:

*Certo é que as normas das Constituições modernas são algo de profundamente diverso das usuais normas de lei, que os juízes das Cortes Supremas européias, chegados já ao cume ou ao término de sua longa carreira na magistratura, foram, por decênios, habituados a interpretar, a observar e a fazer observar, com uma técnica hermenêutica que refoge daquele tipo de ‘policy-making decisions’ que estão, inevitavelmente, implicadas, ao invés, em uma atividade*

---

<sup>5</sup> “Since the Court generally deals with the ‘trouble cases’, it is typically called upon to decide precisely those questions for which neither the existing body of law nor the other agencies of government have been able to provide a solution. In short, it is asked to make social policy, and to do so it cannot depend on neutral principles but must look to its own assessment of the social and political interests involved and its own assessment of the social and political interests involved and its own vision of the long-range goals of American society. In other words, it is asked to perform and to do so as a complementary and supplementary segment of the whole complex of American political institutions.” SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On Law, Politics, and Judicialization*. New York: Oxford University Press, 2002, p. 25.

<sup>6</sup> O “ativismo judicial” da Suprema Corte dos Estados Unidos é comumente relacionado a uma postura “não-interpretativista” que defende a aplicação de normas constitucionais ainda que elas não se encontrem “nos quatro cantos” do texto legal. ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 1. SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On Law, Politics, and Judicialization*. cit, p. 7.

*de controle da validade substancial das leis e de atuação da norma constitucional. As Constituições modernas não se limitam, na verdade, a dizer estaticamente o que é direito, a 'dar uma ordem' para uma situação social consolidada; mas, diversamente das leis usuais, estabelecem e impõem, sobretudo, diretrizes e programas dinâmicos de ação futura. Elas contêm a indicação daqueles que são os supremos valores, as ratione, os Gründe da atividade futura do Estado e da sociedade: consistem, em síntese, em muitos casos, como, incisivamente, costumava dizer Piero Calamandrei em uma polêmica contra o passado e um programa de reformas em direção ao futuro. [...] A atividade de interpretação e de atuação da norma constitucional, pela natureza mesma desta norma, é, não raro, uma atividade necessária e acentuadamente discricionária e, lato sensu, eqüitativa. Ela é, em suma, uma atividade mais próxima, às vezes – pela vastidão de suas repercussões e pela coragem e a responsabilidade das escolhas que elas necessariamente implica – da atividade do legislador e do homem de governo que da dos juizes comuns [...]*

#### **4 LIMITES À INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DO PODER.**

O desafio ora imposto à repartição das funções estatais entre os órgãos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário obriga a revisão dos pressupostos liberais que compreendiam tal divisão como elemento essencial à preservação da liberdade dos cidadãos. Conquanto tal intuito seja enfatizado pelo Estado Democrático de Direito, a ele acrescentam-se outros objetivos, que aliados à “constitucionalização” do ordenamento jurídico, põem em destaque o exercício da jurisdição constitucional, que engendra nova dinâmica do mecanismo de controle recíproco entre as especializações do poder (KELSEN, 2003, p. 123-124). Todavia, tal perspectiva não tem o condão de fazer com que a fiscalização de constitucionalidade dos atos normativos sirva de lastro para mitigar o âmbito de atribuições confiadas ao legislador e ao administrador público, como já assinalado quando marcadas as distinções típicas aos discurso de fundamentação e de aplicação das normas jurídicas.

Assim, ainda que o exercício da competência discricionária consubstancie espaço legalmente circunscrito, onde avaliações levadas a cabo por agentes

estatais sejam pautadas por juízos de conveniência e oportunidade, a consecução do interesse público não admite que o âmbito de liberdade conferido ao administrador seja indiferente a opções desproporcionais e contrastantes com o cerne das regras e princípios constitucionais. Nesse sentido, registra-se o acórdão prolatado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em julgamento de Agravo Regimental no RE 365.368-SC (DJ 29.06.2007), interposto pelo Município de Blumenau contra decisão que declarara inconstitucional decreto-legislativo de sua Câmara Municipal que criara cargos de livre nomeação em número superior àqueles de provimento efetivo. O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski, em voto condutor proferido contra o provimento do recurso, deixou assente que: “Embora não caiba ao Poder Judiciário apreciar o mérito dos atos administrativos, o exame de sua discricionariedade é possível para a verificação de sua regularidade em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam.”

Igualmente, o Supremo Tribunal Federal não mais detecta o controle de constitucionalidade como reflexo estrito das atribuições próprias às de um “legislador negativo” (KELSEN, 1999, p. 153), segundo as quais os pronunciamentos judiciais em sede de controle abstrato deveriam voltar-se exclusivamente a atos dotados de generalidade e abstração, características a que aspira o legislativo no desempenho da atividade normativa. A propósito, é elucidativo excerto do voto proferido pelo Sr. Ministro Gilmar Mendes no julgamento de Medida Cautelar requerida no bojo da ADI 4048-DF (Pleno, DJ 22.08.2008): “O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto”.

Os avanços apontados são positivos por ratificarem a força normativa da Constituição e infirmarem a tese de que o exercício de competência discricionária pode servir de subterfúgio ao descumprimento de preceitos constitucionais. Entretanto, a extensão do controle do poder não subtrai a existência de espaço próprio à avaliação política insuscetível de sindicabilidade judicial. Com efeito, nas hipóteses em que a enunciação do dispositivo constitucional seja aberta e, por conseguinte, admita a possibilidade de distintos juízos valorativos, não cabe ao Poder Judiciário adentrar no exame da valia da escolha perpetrada pelo legislador ou

administrador se não evidente a infração a direitos fundamentais e às regras formais regentes da prática do ato.

Para além desses lindes, encontra-se o âmbito de definição de programas coletivos e de juízos políticos pertinentes aos agentes cuja investidura assenta-se no resultado da vontade dos cidadãos externada no processo eleitoral. Em tais hipóteses, não há parâmetro de cotejo, descoberto com supedâneo no ordenamento jurídico, para que o Judiciário substitua a decisão do legislador ou do administrador, ainda que compreenda que a escolha efetuada não recaiu sobre a melhor das opções antes cogitadas. A análise feita não ignora que as hipóteses de inconstitucionalidade não se reduzem a prática de atos comissivos diretamente contrastantes à Constituição. De fato, a inobservância dos dispositivos constitucionais dá-se também pela omissão do agir do administrador e do legislador que, por motivos vários, valem-se de sua inércia para trair a vontade constituinte. Nesses casos, a deferência aos embates que envolvem o exercício do poder político deve ser cuidadosa, especialmente se a inação tornar “inviável o exercício dos direito e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, hipótese em que será admissível o ajuizamento de mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da Constituição da República de 1988).

Assinale-se que a fundamentação de decisões judiciais com lastro em princípios e objetivos extraídos da Constituição não é, por si, indício de sua natureza política, a qual deve ser aferida à luz da situação fática narrada nos autos, os propósitos perseguidos e o âmbito de determinação do enunciado do preceito a ser aplicado<sup>7</sup>.

Ernst-Wolfgang Böckenförde, ex-magistrado do Tribunal Constitucional Federal alemão, afirma, nesse sentido, que não cabe à Corte Constitucional o exercício de um contra-poder, devendo ela abster-se de adentrar em seara típica à liberdade de apreciação política, submetendo-se obrigatoriamente suas decisões a uma coerência argumentativa e à exposição racionalmente controlável das fundamentações expendidas, a fim de que, em homenagem

---

<sup>7</sup> “In fact, mere invocation of a social principle tell us nothing about the pruposes for which these principles are used; the judge can rely on these principles either to discern the meaning of a text or to initiate a policy-making process. As with gas and penumbras, this distiction cannot be deived from an examination of the values themselves, but only from observing the way that they are employed”. FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. *Judicial Policy Making and the Modern State. How the Courts Reformed America's Prisons*. New York: Cambridge University Press, 1998, p. 12.

ao princípio democrático, a função de controle que lhe foi confiada não se transmude em um poder constituinte (2000, p. 251). A crítica que é feita às decisões valorativas do Tribunal Constitucional Federal alemão foi, em grande parte, impulsionada pelo acórdão prolatado em 25 de fevereiro de 1975, no qual foi declarada a inconstitucionalidade de lei que havia alterado a redação do art. 218, do Código Penal, a fim de tornar atípica a interrupção da gestação em seu primeiro trimestre, permitindo-a, nos meses seguintes, desde que observada uma série de requisitos. As objeções lançadas pela dissidência centravam-se na constatação de que a Corte não deveria ceder à “tentação” de substituir-se aos órgãos que deveria controlar. Em apoio a essa ilação, asseverou-se que (CRUZ, 2005, p. 45):

*Las decisiones valorativas [...] pueden ser caracterizadas como mandatos constitucionales que, a pesar de que se dirigen a todas las acciones estatales, sin embargo, dependen necesariamente de una traslación a regulaciones obligatorias. Dependiendo de la apreciación de las condiciones fácticas, de los fines concretos y su prioridad, de la conveniencia del medio y de los métodos posibles, son posibles distintas soluciones. De ahí que la decisión, que requiere frecuentemente compromisos y está sujeta al procedimiento de ensayo y error, recaiga, según los principios de la división de poderes y de la democracia, en la responsabilidad del legislador legitimado directamente por el pueblo.*

Em verdade, o grau de importância das competências enfeixadas pela Corte Constitucional não deve provocar timidez no que toca à observância compulsória dos ditames da Constituição e tampouco lastrear o exercício arbitrário da jurisdição, substituindo-se ao legislador e ao administrador quando questionado o mérito dos atos por eles praticados. Ao revés, no âmbito das questões políticas, a jurisdição constitucional deve apenas zelar pela preservação das garantias necessárias ao desenvolvimento do debate democrático. Ademais, a existência de catálogo extenso de direitos fundamentais e a enunciação ampla de princípios constitucionais são fatores que exigem elevada disciplina ao proceder-se ao juízo de constitucionalidade, para que as decisões da Corte Constitucional sejam permeadas por uma linha de coerência e a “constitucionalização” do ordenamento jurídico não resvale em uma interferência indevida sobre a o âmbito de autonomia dos indivíduos.

Logo, ainda que a sanção aos atos inquinados de inconstitucionalidade seja elemento imprescindível à conservação do Estado Democrático de Direito, cumpre sublinhar que mesmo a Corte Constitucional também não se coloca além da Constituição democrática, pois, tal como adverte Manuel Aragón (1994, p. 65): “*Cuando no hay control, no ocurre solo que la Constitución vea debilitadas o anuladas sus garantías, o que se haga difícil o imposible su ‘realización’; ocurre, simplemente, que no hay Constitución*”.

## 5 CONCLUSÕES

a) A separação das funções estatais é fenômeno que não se sujeita a um modelo abstrato imutável, pois é informada pelos limites constitucionalmente definidos ao exercício do poder, bem como às características sociais e políticas que informaram tal fenômeno em diferentes Estados, mormente quanto à extensão dos limites, ao grau de controle e à projeção de mecanismos recíprocos de contenção.

b) No Estado Democrático de Direito, a separação das funções estatais tem como principais propósitos assegurar a vigência do princípio democrático, a busca da eficiência por meio da especialização dos órgãos estatais, e a promoção dos direitos fundamentais, especialmente a liberdade dos indivíduos contra o arbítrio do Poder Público.

c) A “constitucionalização” do ordenamento jurídico suscita discussão quanto à manutenção do arranjo liberal do sistema de repartição das funções estatais, uma vez que o Legislativo e o Executivo não são mais canais exclusivos de manifestação de dissensos presentes na esfera pública, bem como o Judiciário, por meio da interpretação constitucional, tornou-se ambiente propício à apresentação de reivindicações - amparadas na aplicação direta e imediata de preceitos da Lei Maior - que encontravam óbices nos espaços tradicionais de deliberação.

d) O exercício da competência discricionária está sujeito à sindicabilidade judicial, pois a consecução do interesse público não admite que o âmbito de liberdade conferido ao administrador seja indiferente a opções desproporcionais e contrastantes com o conteúdo de regras e princípios constitucionais.

e) Nas hipóteses em que a enunciação do dispositivo constitucional seja aberta e, por conseguinte, admita a possibilidade de distintos juízos valorativos, não cabe ao Poder Judiciário adentrar no exame da valia da escolha perpetrada pelo legislador ou administrador se não evidente a infração a direitos fundamentais e às regras formais que regem a prática do ato porventura impugnado.

f) No âmbito das questões políticas, a jurisdição constitucional deve apenas zelar pela preservação das garantias necessárias ao desenvolvimento do debate democrático.

## **SEPARATION OF STATE FUNCTIONS: CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND LIMITS OF THE POWER'S CONTROL.**

ABSTRACT: The separation of State functions, since the second half of the twentieth century, has its concept revised and therefore has acquired new purposes, such as the preservation of the democratic regime and favoring the deliberative process, the development of expertise and protection of fundamental rights. The constitutionalization of the law gives new dimension to the exercise of jurisdiction, which requires the setting of new limits on Judicial Power.

KEY-WORDS: Separation of functions – Constitutionalization – Judicial Power.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, v. 113, n. 3, jan.2000.
- ARAGÓN, Manuel. **Constitución y control del poder**. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 1994.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria da Constituição**. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1979.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Le droit, l'état et la Constitution Démocratique**. Trad. de Olivier Jouanjan. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito Comparado**. 2. ed. Trad. de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1999.

- CRUZ, Luis M. **La Constitución como orden de valores: problemas jurídicos y políticos.** Granada: Editorial Comares, 2005.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 19. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1995.
- ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review.** Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. **Judicial policy making and the modern State.** how the courts reformed America's prisons. New York: Cambridge University Press, 1998.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado.** Madrid: Alianza Universidad Textos, 1984.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GUASTINI, Ricardo. La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s).** Trad. de José Maria Lujambio. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.
- GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação.** Trad. de Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** Trad. de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** Tradução da edição portuguesa. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MONTESQUIEU. **O Espírito das leis.** Trad. de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado democrático de direito a partir e além de Luhman e Habermas.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- SCHMITT, Carl. **Constitutional theory.** Trad. de Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2008.
- SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On Law, politics, and judicialization.** New York: Oxford University Press, 2002.
- SUNSTEIN, Cass R. **Designing democracy: what constitutions do.** New York: Oxford University Press, 2001.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia.** Trad. de Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007.



---

# REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E CONSELHOS DE MEDICINA

---

*Guilherme Calmon Nogueira da Gama*

*Mestre e Doutor em Direito Civil pela UERJ. Professor Adjunto de Direito Civil da UERJ (Graduação e Pós-Graduação). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação da Universidade Gama Filho (RJ). Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª. Região*

**RESUMO:** O artigo trata da questão referente às técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos jurídicos, incluído o segmento da regulamentação dada pelos conselhos profissionais de medicina. O principal objetivo é analisar como são solucionadas as polêmicas a respeito das questões relevantes dos impactos das técnicas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Biodireito. Paternidade. Normas Éticas. Médicos e Pacientes. Direito de Família e Direito Administrativo.

## **1. BIODIREITO E NOVA FILIAÇÃO**

Hodiernamente várias questões advindas dos avanços tecnológicos não são apenas objeto de preocupação no campo da Bioética. Faz-se necessária a formulação de regras dotadas dos atributos da obrigatoriedade, generalidade, coercibilidade e imperatividade, a ensejar a concepção do Biodireito. A partir do momento em que alguns temas deixam se referir apenas aos centros de pesquisa, aos hospitais e clínicas médicas, aos biocientistas e aos médicos, as preocupações relacionadas à Bioética ocuparam o espaço comunitário, caracterizado pelo pluralismo, interdisciplinariedade, democracia, solidariedade, interessando não apenas as atuais, mas também as futuras gerações<sup>1</sup>. Sentiu-se a necessidade da

---

<sup>1</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 55.

construção do Biodireito para servir de instrumento para o estudo, o debate e a solução de tais questões sob a perspectiva jurídica.

O advento do Código Civil de 2002 propiciou o início e desenvolvimento de debates acerca de temas nunca antes tratados em textos codificados brasileiros, como os aspectos civis referentes à filiação decorrente do emprego de técnicas de reprodução assistida nas várias modalidades e espécies já conhecidas pela Ciência.

Há ainda, no Brasil, omissão legislativa a respeito de vários temas relacionados à reprodução humana assistida<sup>2</sup>, diversamente do que ocorre em outros países como as leis francesas ns. 653 e 654, ambas de 1994, a lei espanhola n. 35, de 1988, por exemplo. O Direito brasileiro ainda se ressentido do debate interdisciplinar, democrático, pluralista e humanista a respeito de tais questões, como o destino dos embriões excedentários, as técnicas de reprodução assistida “post mortem” e de maternidade de substituição, entre outras.

É preciso que se proceda à leitura moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, de modo a encampar a manifestação dos valores éticos e solidários no sistema jurídico brasileiro. Cuida-se de identificar as autênticas e necessárias fontes legitimadores do Direito.

Outro dado digno de nota é a insuficiência do modelo tradicional de construção e formulação das normas jurídicas acerca de variados temas, em especial nos aspectos relacionados aos avanços científicos no segmento da vida humana. A técnica regulamentar, por óbvio, não pode mais ser a única considerada nesta atividade legislativa, devendo-se reconhecer a característica da narração como importante no novo modelo de construção das normas jurídicas, na precisa lição de Erik Jayme<sup>3</sup>.

Vários princípios e regras constitucionais constantes do texto brasileiro de 1988 devem ser considerados aplicáveis a vários temas relacionados à biotecnologia. No segmento do Direito de Família e os impactos que os avanços científicos causaram nos temas da paternidade, maternidade e filiação, a metodologia civil-constitucional se afigura como a mais adequada e correta na busca da solução das questões conflituosas que podem surgir.

---

<sup>2</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Família*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 350.

<sup>3</sup> JAYME, Erik. Cours general de droit international privé. *Recueil des cours*. Académie de Droit International, t. 251. The Hague –Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 36-37.

No segmento da filiação (e, obviamente, da paternidade e da maternidade), é de fundamental importância identificar o projeto parental que o casal (heterossexual ou homossexual) decidiu concretizar. O Estado não pode interferir na decisão do casal quanto à titularidade e ao exercício do direito ao planejamento familiar. As técnicas de reprodução assistida cumprem o papel de auxiliar na solução de dificuldades ou impossibilidade de reprodução humana, facilitando o processo reprodutivo quando outras técnicas terapêuticas se revelaram ineficazes ou inapropriadas<sup>4</sup>.

O direito à reprodução humana, com efeito, não é absoluto<sup>5</sup>, aliás como todo e qualquer direito. Seu exercício deve ser feito nos limites impostos pelo ordenamento jurídico, daí a previsão dos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável no § 7º, do art. 226, da Constituição Federal, bem como do melhor interesse da criança ou do adolescente no art. 227, da mesma Constituição.

O princípio da paternidade responsável é vital no contexto do projeto parental que, por sua vez, encontra sua vocação mais legítima na época do aumento da família com a decisão do casal ter filhos.

Nos termos do art. 3º, da Lei n. 9.263/96, podem ter acesso às técnicas de concepção e de contracepção as pessoas que formam uma família ou uma pessoa sozinha, mas em qualquer dos casos é preciso que se atente para a existência de um projeto parental que se baseie nos princípios constitucionais já referidos.

No Direito de Família sempre foram – e continuam sendo – diversos os estatutos jurídicos da maternidade e da paternidade em razão de circunstâncias e fatores naturais como os fatos jurídicos da gravidez e do parto. Deu-se primazia de regulamentação e maior cuidado ao direito à paternidade em comparação com o direito à maternidade. É vital considerar como os impactos das técnicas de reprodução assistida revolucionaram as estruturas e bases das relações familiares fundadas na noção de parentesco. Com o emprego da técnica da maternidade de substituição, é possível a dissociação entre as situações da mulher que deseja ser mãe e da mulher que se dispõe a gestar o embrião.

---

<sup>4</sup>PIMENTA JÚNIOR, José Luiz B. e CAMPINHO, Bernardo. Reflexões sobre a regulamentação da reprodução assistida. *Tribuna do Advogado*. Rio de Janeiro: OAB/Seccional Rio de Janeiro, fevereiro de 2011.

<sup>5</sup>GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação*, op. cit., p. 714.

O presente artigo tem por objetivo proceder à análise, no campo do Direito, das técnicas de reprodução assistida, buscando identificar como os Conselhos Profissionais de Medicina vêm cuidando do referido tema.

## **2. TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA E NORMAS LEGISLADAS**

Neste item serão analisados aspectos relacionados às técnicas de reprodução assistida e como o ordenamento jurídico estatal vem tratando o tema no âmbito jurídico. A despeito de várias técnicas de reprodução humana assistida passarem a ser conhecidas e desenvolvidas no território brasileiro há algumas décadas, as normas jurídicas constantes de leis não acompanharam a evolução dos fatos e, por isso, houve uma completa omissão legislativa acerca do tema.

A Constituição Federal de 1988, no art. 226, § 7º, encampou a noção do planejamento familiar como de livre decisão do casal, observados os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, ficando vedado às instituições públicas ou privadas qualquer tipo de imposição, coerção ou restrição ao exercício livre e responsável de tal direito.

Em 2002, com a promulgação do Código Civil, houve a preocupação de formular algumas regras jurídicas acerca do tema relacionado à reprodução humana assistida, principalmente no âmbito das questões de Direito de Família.

Assim, o art. 1.565, § 2º, do Código Civil, quase reproduziu o disposto na Constituição Federal (art. 226, § 7º), ao estabelecer que o casal pode livremente exercer responsabilmente o planejamento familiar. Tal regra, por óbvio, não pode ser interpretada de modo restritivo para apenas alcançar as pessoas casadas, a despeito da colocação da matéria no segmento do Livro de Direito de Família que cuida do casamento. A correta interpretação do referido dispositivo deve abarcar também outras entidades familiares que possam ter reconhecida a titularidade do direito ao planejamento familiar, entre as quais se incluem as famílias constituídas pelo companheirismo (“união estável” na expressão empregada pela Constituição – art. 226, § 3º) e, mais recentemente<sup>6</sup>, as famílias formadas por pessoas do mesmo

---

<sup>6</sup> Em razão da propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.277-DF, e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132-RJ, o Supremo Tribunal Federal julgou procedentes os pedidos contidos nas ações constitucionais para dar ao art. 1.723, do Código Civil, interpretação “conforme

sexo (entidades familiares homossexuais). Cuida-se de adotar a cláusula de maior favorecimento de modo a não considerar inconstitucional a regra do art. 1.565, § 2º, do Código Civil.

De se notar, também, que a Lei n. 9.263/96 – que regulamentou o § 7º, do art. 226, da Constituição Federal -, ao cuidar dos casais que podem ter acesso às técnicas conceptivas em matéria de reprodução humana, não limitou tal acesso apenas aos casais formalmente unidos via casamento. Daí haver sido editado o Enunciado n. 99, na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, com o seguinte teor: “O art. 1.565, § 2º, do Código Civil, não é norma destinada apenas às pessoas casadas, mas também aos casais que vivem em companheirismo, nos termos do art. 226, caput, §§ 3º e 7º, da Constituição Federal de 1988, e não revogou o disposto na Lei n. 9.263/96”<sup>7</sup>.

Ainda no bojo do Código Civil de 2002, há o importante tema referente à presunção de paternidade do homem casado, constante do art. 1.597, e as técnicas de reprodução humana assistida. Há, pelo menos, questões conflitantes nos incisos III, IV e V, do referido art. 1.597, inclusive sob o aspecto terminológico. Mas tal aspecto não é o mais grave, sendo que há a impressão quanto à admissibilidade da técnica da reprodução assistida “post mortem” no ordenamento jurídico brasileiro, sem atentar para a normativa constitucional aplicável.

As modalidades homóloga e heteróloga das técnicas de reprodução humana assistida foram expressamente previstas no art. 1.597, do Código Civil, que, como visto, se refere às hipóteses de presunção de paternidade, mas não houve cuidado terminológico a respeito. A correta exegese deve ser no sentido de considerar que os incisos III, IV e V, do art. 1.597, do Código Civil, se referem às técnicas de reprodução assistida homóloga e heteróloga, respectivamente, e não apenas a alguma de suas submodalidades, como são, por exemplo, a inseminação artificial e a fertilização “in vitro”.

---

à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo de “família” (dispositivo do voto do Relator, Ministro Ayres Britto, que foi acompanhado pelos demais Ministros do STF).

<sup>7</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (org.). *Jornadas de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2007, p. 29.

Relativamente à previsão contida no inciso V, do art. 1.597, do Código, concernente à reprodução assistida heteróloga “a patre” (do lado paterno), é preciso que haja consentimento do marido a que sua esposa receba sêmen do doador no interior do seu corpo (inseminação artificial heteróloga) ou o embrião fruto de fertilização “in vitro” com o emprego do sêmen do doador anônimo. A hipótese, a rigor técnico, não é de presunção, mas sim de certeza de paternidade jurídica do homem casado, eis que não há possibilidade de êxito na ação negatória de paternidade que ele eventualmente promova em face da criança. A paternidade jurídica se constitui desde a época da concepção e início da gravidez em decorrência da reprodução assistida heteróloga (em substituição ao fato jurídico ‘relação sexual), já que a vontade manifestada pelo homem casado se insere no projeto de parentalidade, associado ao êxito da técnica conceptiva heteróloga (justamente em observância ao princípio da paternidade responsável). Contudo, ainda que não haja vontade expressamente manifestada pelo marido, e sua esposa tenha acesso às técnicas de reprodução assistida heteróloga durante o casamento, o fundamento da paternidade jurídica do marido consiste na presunção baseada no risco da situação jurídico-familiar em que sustenta tal presunção de paternidade. Daí o Enunciado n. 104, da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento”<sup>8</sup>.

No que tange ao companheiro e a técnica da reprodução assistida heteróloga “a patre”, revela-se fundamental que haja o reconhecimento (voluntário ou judicial) de paternidade após o nascimento da criança em se considerando a manifestação do seu consentimento a que sua companheira tivesse acesso a uma das técnicas conceptivas heterólogas.

O critério do estabelecimento da paternidade no que tange às técnicas de reprodução assistida heteróloga não é o biológico relativamente ao

---

<sup>8</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (org.). *Jornadas de Direito Civil, op. cit.*, p. 30.

ascendente que não contribui com seus gametas para a reprodução, daí não haver qualquer problema no reconhecimento da paternidade do marido ou do companheiro que não contribuiu com seus espermatozoides para a formação do embrião.

A regra do art. 1.593, do Código Civil, ao admitir o parentesco civil decorrente de outra origem que não a consangüinidade, permite identificar a filiação adotiva e a filiação decorrente das técnicas de reprodução assistida heteróloga como geradoras de parentesco civil. E, neste particular, os efeitos do parentesco civil devem ser iguais para ambos os modelos de parentalidade-filiação e de outros vínculos de parentesco. Assim, por exemplo, a regra que estabelece a vinculação do adotado como filho do adotante, desligando-o, juridicamente, dos anteriores vínculos jurídicos de consangüinidade, salvo para fins de impedimento matrimonial, também é aplicável à criança fruto de técnica de reprodução assistida heteróloga, com a nota distintiva de que o doador anônimo do sêmen nunca teve vínculo jurídico de paternidade com a criança eis que, neste caso, a paternidade jurídica é originária (e não superveniente, como ocorre na adoção relativamente ao pai adotante)<sup>9</sup>.

Algumas questões polêmicas decorrem do tratamento do tema apenas no segmento da presunção de paternidade do homem casado. Algumas delas podem ser aqui enunciadas: a) não há como considerar que pessoas não casadas, mas que vivam em relacionamento heterossexual ou homossexual, possam ter acesso às técnicas de reprodução assistida? b) em caso positivo, qual deve ser o critério do estabelecimento de paternidade relativamente ao companheiro ou parceiro integrante da entidade familiar constituída com a mãe da criança? c) relativamente à maternidade, é possível que haja reprodução assistida heteróloga do lado materno – com a doação de óvulos -, e a gravidez desenvolvida através da técnica da fertilização “in vitro”? d) é absoluta a liberdade de acesso às técnicas de reprodução humana assistida? e) o Direito brasileiro admite a denominada “maternidade de substituição”?

Estas são algumas das questões que podem ser formuladas, no Direito brasileiro, acerca das técnicas de reprodução humana assistida e sua legitimidade no âmbito do exercício do direito ao planejamento familiar.

---

<sup>9</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação, op. cit., passim*.

Revela-se, ainda, importante verificar qual tem sido o posicionamento dos Conselhos Profissionais de Medicina a respeito do emprego das referidas técnicas de reprodução assistida.

### **3. VISÃO DOS CONSELHOS DE MEDICINA**

Devido à circunstância de as técnicas de reprodução humana assistida serem de domínio de certa categoria de profissionais – os médicos -, desde 1992 o Conselho Federal de Medicina passou a editar normas deontológicas a respeito delas. Tais normas são dirigidas aos profissionais de Medicina – sujeitos ao controle, fiscalização e disciplina do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais de Medicina – e, desse modo, representam regras de conduta ética dos médicos. A inobservância de tais regras pode configurar a prática de falta disciplinar e, portanto, fazer com que os Conselhos Profissionais atuem no exercício do poder disciplinar (inerente ao poder de polícia administrativo) de modo a apurar fatos ocorridos e, sendo o caso, aplicar sanções administrativas aos profissionais faltosos.

Diante da condição de entidades autárquicas “sui generis” que integram a Administração Pública Federal, o Conselho Federal de Medicina e os Conselhos Regionais de Medicina atraem a competência da justiça federal para as causas em que forem autores, réus ou terceiros interessados (Constituição Federal, art. 109, I). Logo, eventual questionamento acerca da atuação dos Conselhos Profissionais, seja no campo normativo, seja no campo da atuação disciplinar, poderá ser levado ao conhecimento da justiça federal para fins de julgamento do litígio.

O Conselho Federal de Medicina, em 2009, baixou a Resolução n. 1.931<sup>10</sup>, ao aprovar o Código de Ética Médica (art. 1º), ressaltando a possibilidade de expedir novas resoluções que venham a complementar o referido Código de Ética Médica e facilitar sua aplicação.

#### **Regras do Código de Ética Médica sobre técnicas de reprodução assistida**

No bojo do Código de Ética Médica – aprovado pela Resolução n. 1.931/09 do CFM -, foram introduzidos alguns princípios e regras que se

---

<sup>10</sup> BRASIL, Conselho Federal de Medicina, Resolução CFM n. 1.931/2009, publicada no DOU de 24.09.2009, Seção I, p. 90, e retificação publicada no DOU de 13.10.2009, Seção I, p. 173).

revelam importantes no tema objeto de estudo referente às técnicas de reprodução assistida. Logo no Preâmbulo do referido Código é explicitado o conteúdo da normativa (inciso I): normas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício de sua profissão, inclusive nos segmentos do ensino, pesquisa e administração dos serviços de saúde, além de outras atividades em que se utilize o conhecimento advindo da Medicina.

Entre os princípios fundamentais que devem ser observados pelos médicos (Capítulo I do Código de Ética Médica), encontram-se: a) usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente (inciso V); b) responsabilizar-se pelos seus atos profissionais em razão da relação de confiança existente (inciso XIX); c) dever aceitar as escolhas dos pacientes quanto aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas (inciso XXI).

No campo da responsabilidade profissional do médico, há uma série de regras de comportamentos impostos ou proibidos previstas no Código de Ética Médica. Mas, relativamente às técnicas de reprodução medicamente assistida, devem ser destacadas algumas regras. O art. 15, *caput*, do Capítulo III (Responsabilidade Profissional), proíbe que o médico descumpra legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, **esterilização**, **fecundação artificial**, abortamento, **manipulação** ou **terapia genética**.

E, especificamente acerca das técnicas de reprodução assistida, o art. 15, § 1º, prevê que “a fertilização não deve conduzir sistematicamente à ocorrência de embriões supranumerários”, enquanto que o § 2º, estabelece que não podem ser objetivos do acesso às técnicas de reprodução assistida a criação de seres humanos geneticamente modificados, a criação de embriões para fins de investigação e a criação de embriões com a finalidade de escolha de sexo, prática de eugenia ou para dar origem a híbridos ou quimeras. Finalmente, o § 3º, do art. 15, impõe o dever de informação e esclarecimento que o médico tem que cumprir relativamente aos seus pacientes; logo, os pacientes devem ser devidamente esclarecidos sobre o procedimento de procriação medicamente assistida e, em seguida, manifestarem seu consentimento.

O art. 16, do Capítulo III, do Código de Ética Médica, proíbe que o médico intervenha no genoma humano para fins de sua modificação, com exceção

da terapia gênica, não sendo admitida qualquer ação em células germinativas que possa resultar na modificação genética dos novos seres humanos.

E, finalmente, o art. 17, do referido Capítulo III, prevê a responsabilidade profissional do médico que deixar de cumprir as normas editadas pelos Conselhos Federal e Regionais de Medicina, bem como de atender às suas requisições administrativas, intimações ou notificações no prazo determinado.

Observa-se, pois, a existência de algumas regras constantes do Código de Ética Médica que tocam, direta ou indiretamente, no tema referente às técnicas de reprodução humana medicamente assistida. Mais adiante será analisada a pertinência de tais regras com o ordenamento jurídico brasileiro.

O antigo Código de Ética Médica havia sido baixado pela Resolução CFM n. 1.246, publicada no DOU de 26.01.1988 que, assim, foi revogado pelo atual Código de Ética Médica.

#### **Resolução n. 1.358, de 11.11.1992 (atualmente revogada)**

Especificamente a respeito do tema das técnicas de reprodução assistida, o Conselho Federal de Medicina havia editado a Resolução n. 1.358, de 11.11.1992, introduzindo normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida pelos médicos. Tal ato normativo, no entanto, foi revogado pela Resolução n. 1.957, de 15.12.2010, que entrou em vigor no dia 06.01.2011. Apesar da revogação, é oportuno verificar como era o tratamento da matéria à luz da Resolução n. 1.358/92.

Dentre os princípios gerais (I), encontravam-se os seguintes: a) obrigatoriedade do consentimento informado – dos pacientes e dos doadores – em documento representado por um formulário especial; b) proibição de seleção de sexo ou de qualquer outra característica biológica, ressalvada apenas a hipótese de se prevenir doença hereditária; c) impossibilidade do número de pré-embriões, a serem transferidos para o corpo feminino, não exceder a quatro por tentativa; d) proibição da redução embrionária.

Quanto aos usuários das técnicas de reprodução assistida (II), ficou expresso que: a) somente poderiam ter acesso às técnicas mulheres

capazes, desde que manifestassem consentimento devidamente informadas a respeito das técnicas; b) a aprovação do cônjuge ou companheiro, em se tratando de mulher casada ou companheira.

Relativamente à doação de material fecundante (III), foram estabelecidas as seguintes regras: a) não poderia ter caráter lucrativo ou comercial; b) não era possível a revelação das identidades das pessoas envolvidas; c) manutenção, no registro dos dados clínicos, das características fenotípicas dos doadores; d) evitar que um doador pudesse ter seu material utilizado para fins de geração de mais de duas gestões de crianças, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

Quanto à criopreservação (congelamento) de gametas ou de pré-embriões (IV), a Resolução n. 1.358/92 previa que os cônjuges ou companheiros deveriam expressar suas vontades quanto ao destino que deveria ser dado aos gametas ou pré-embriões caso não mais pretendessem utilizá-los.

E, finalmente, a respeito da “gestação de substituição” (V), a Resolução n. 1.358/92 somente a admitiu quando houvesse um problema médico que impedisse ou contraindicasse a gestação na doadora genética, sendo que as “doadoras temporárias de útero” deveriam pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo que os demais casos se sujeitariam à avaliação e autorização do Conselho Regional de Medicina.

### **Resolução n. 1.957, de 15.12.2010**

Após quase duas décadas de vigência, a Resolução n. 1.358/92 foi revogada em 06.01.2011 pela Resolução n. 1.957/10 que adotou normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida como deontológicas a serem seguidas pelos médicos. Uma das novidades introduzidas pela vigente Resolução foi disciplinar expressamente a técnica da reprodução assistida “post mortem”, o que anteriormente não ocorria. Devem ser destacadas e analisadas algumas das novas normas constantes da referida Resolução.

A título de princípios gerais (I), a Resolução n. 1.957/10 reproduziu algumas normas anteriores, tais como (a) a obrigatoriedade do

consentimento informado a todos os pacientes submetidos às técnicas da reprodução assistida – inclusive os doadores -, prevendo a formalização da vontade através de um documento de consentimento informado em formulário especial, (b) a impossibilidade de se aplicar as técnicas médicas para o fim de selecionar sexo (sexagem) ou qualquer outra característica biológica da futura criança, salvo para evitar transmissão de doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer; c) na hipótese de gravidez múltipla (normalmente em razão da fertilização “in vitro”), a proibição da redução embrionária. A principal novidade, a título de princípios gerais, foi a distinção quanto às idades das mulheres (receptoras dos embriões) e ao número de embriões que podem ser transferidos. Assim, não sendo possível nunca transferir mais do que quatro oócitos e embriões, a Resolução n. 1.957/10 estabeleceu que, relativamente aos embriões, não se pode transferir mais do que dois embriões quando se tratar de mulher até 35 anos de idade; mais do que três embriões quando ela tiver entre 36 e 39 anos de idade; e até quatro embriões quando a receptora tiver 40 anos de idade ou mais.

Quanto aos pacientes das técnicas de reprodução assistida (II), a Resolução em vigor reitera que somente pessoas capazes podem ser pacientes e, portanto, receptores das técnicas, desde que haja consentimento informado a respeito das técnicas e de suas conseqüências.

A respeito das clínicas, centros ou serviços que apliquem as técnicas de reprodução assistida (III), deve ser mantido um registro permanente das gestações, nascimentos e malformações de fetos ou recém-nascidos decorrentes das referidas técnicas, bem como de procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões.

Em torno do tema referente à doação de gametas ou embriões (IV), não pode haver qualquer caráter lucrativo ou comercial. Deve haver sigilo sobre a identidade das pessoas envolvidas – doadores e receptores -, salvo quando, por motivação médica, seja necessário fornecimento de informação a outro médico. Na região das clínicas, centros ou serviços, deve-se evitar que um doador (ou doadora) possa vir a gerar mais do que uma gestação de criança de sexo diferente numa área de um milhão de habitantes.

Quanto à criopreservação de gametas ou embriões (V), a Resolução

prevê que, no momento do congelamento, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, a respeito do destino dos pré-embriões na hipótese de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los. É possível que as técnicas sejam empregadas para prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, sendo que o tempo máximo de desenvolvimento de embriões “in vitro” não pode exceder a quatorze dias.

Relativamente à “gestação de substituição” (ou doação temporária de útero), mantiveram-se as regras anteriores, ou seja, sua admissibilidade apenas quando houver a identificação de um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doação genética, e que a gestante deve pertencer à família da doadora genética em parentesco até o segundo grau, submetendo-se os demais casos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

A grande novidade foi a introdução de item referente à reprodução assistida “post mortem” que, consoante a regra da Resolução n. 1.957/10, não constitui ilícito ético desde que haja autorização prévia específica do falecido (ou da falecida) para o emprego do material biológico criopreservado em consonância com a legislação em vigor. A questão é exatamente que ainda não houve legislação adequada a respeito do tema, conforme será visto no próximo item.

#### **4. POLÊMICAS NO DIREITO BRASILEIRO**

Uma das principais polêmicas decorrentes das técnicas de reprodução medicamente assistida consiste na reprodução assistida “post mortem”. Com base em técnicas de congelamento de gametas e de embriões, atualmente é possível o emprego de tal técnica com base nos avanços científicos e tecnológicos na área da reprodução humana assistida.

E, a esse respeito, surgem alguns questionamentos: a) qual seria a data da concepção da criança, no âmbito da reprodução assistida “post mortem”, com embrião excedentário congelado? b) haverá direito à herança em favor da futura criança, ainda que se saiba que há possibilidade do embrião ficar congelado por vários anos depois da morte do homem ou da mulher que

pretendeu procriar? c) haverá direito à pensão previdenciária em favor da futura criança, a despeito dela não existir no momento do óbito do pai?

No âmbito da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, foi editado o Enunciado n. 106 a respeito da reprodução assistida “post mortem”, do seguinte teor: “Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte”<sup>11</sup>.

No sistema jurídico brasileiro, é fundamental que se reconheça a vedação da reprodução assistida “post mortem” em qualquer hipótese. Tal conclusão decorre da necessidade de fazer cumprir os princípios da paternidade responsável, da dignidade humana, da igualdade entre os filhos e do melhor interesse da futura criança a nascer. Com efeito, a opção do acesso à técnica “post mortem” de reprodução assistida simplesmente representa o exercício livre e irresponsável do planejamento familiar, desconsiderando por completo os interesses sociais e difusos em torno da temática. A criança tem direito à convivência familiar, e não a apenas ter o nome do falecido pai (ou da falecida mãe) no seu registro civil de nascimento. Da mesma forma, se admitidas algumas das orientações doutrinárias em matéria sucessória, haveria clara violação ao princípio constitucional da igualdade material entre os filhos, pois alguns (já existentes ou nascituros) teriam direito à sucessão hereditária enquanto os filhos fruto da técnica de reprodução assistida “post mortem” não teriam. É preciso, também, atentar para o princípio da dignidade humana que envolve a civilização como um todo, e portanto, leva em consideração as futuras gerações, e não apenas as atuais. Este é o principal ponto de distinção entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da dignidade humana, já que neste são considerados aspectos relacionados às futuras e possíveis pessoas humanas quanto aos seus interesses legítimos.

Contudo, em se admitindo a prática da reprodução assistida “post mortem” como legítima e, portanto, constitucional, não há como excluir o parentesco da criança com todos os ascendentes do falecido sem limitação de grau, bem com com os descendentes e colaterais do

---

<sup>11</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (org.). *Jornadas de Direito Civil, op. cit.*, p. 30.

falecido até o terceiro grau. Cuida-se de reconhecer que, atualmente, não há mais a possibilidade do parentesco se restringir aos pais e à criança que eles permitiram que nascesse, em conformidade com o art. 227, § 6º, da Constituição Federal, e o art. 1.596, do Código Civil. No período anterior a 1988, quando ainda estava em vigor o Código Civil de 1916, havia hipótese de parentesco decorrente da adoção que se limitava ao adotante e ao adotado, não abrangendo os parentes do adotante. Daí a restrição do parentesco que se estabelecia em decorrência da adoção. Hoje em dia, com base no princípio da igualdade entre os filhos, é inconstitucional e, portanto, impossível juridicamente qualquer limitação do parentesco mesmo que se trate de filiação decorrente de reprodução assistida “post mortem”.

No que se refere aos efeitos patrimoniais no Direito de Família que têm por origem a reprodução assistida “post mortem”, algumas questões surgem. Os alimentos, no Direito de Família, visam proporcionar o atendimento às necessidades básicas e sociais das pessoas dos filhos menores, devendo, ainda, incidir regras da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e da Lei n. 9.263/96 (Lei do Planejamento Familiar). Há, ainda, a possibilidade de se cogitar dos alimentos gravídicos de modo a permitir a gestação, o nascimento e o desenvolvimento sadio da futura pessoa humana. O art. 7º, do ECA, prevê que devem ser planejadas e efetivadas políticas sociais que possibilitem o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso da pessoa da criança em condições dignas. Da mesma forma, o art. 8º, do ECA, assegura à gestante o atendimento pré e perinatal, sendo tranqüila a possibilidade de ajuizamento da ação de alimentos pelos “futuros” pais ou curador do nascituro (Código Civil, art. 1.779, *caput*).

Ainda a título de efeitos patrimoniais, há a questão referente à sucessão hereditária e, conseqüentemente, a legitimidade sucessória daquele que poderá vir a se tornar criança em decorrência do emprego da técnica da reprodução assistida “post mortem”. Nos termos do art. 1.798, do Código Civil, são considerados legitimados para suceder a pessoa do falecido: a) as pessoas físicas existentes; b) os nascituros, sendo que estes possuem capacidade sucessória passiva condicional. Como deve ser analisada e resolvida, a esse respeito, a situação da criança que vem a ser originada em razão de técnica de reprodução assistida “post mortem”? Neste particular, é importante o registro de que o então projeto do Código Civil

foi formulado no final da década de sessenta do século XX, época em que ainda eram incipientes as notícias e os avanços sobre as técnicas de reprodução assistida, em especial da fertilização “in vitro”.

Há duas possibilidades para o emprego da técnica da reprodução assistida “post mortem”: a) o desenvolvimento do embrião congelado após a morte do homem (marido ou companheiro) ou da mulher (esposa ou companheira); b) a formação e o desenvolvimento de embrião a partir de material fecundante congelado (óvulos e espermatozóides) fornecido pela pessoa que faleceu. Caso se trate da morte da mulher que era casada ou companheira, necessariamente o desenvolvimento do embrião terá que ser conjugado com outra técnica de reprodução medicamente assistida que é a maternidade de substituição (coloquialmente chamada de “barriga de aluguel”).

Os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os filhos e do melhor interesse da futura criança devem ser extremamente considerados para a solução das questões sucessórias relacionadas à técnica da reprodução assistida “post mortem”.

O art. 1.799, I, do Código Civil, prevê que, no âmbito da sucessão testamentária, poderá ser instituída, como herdeira ou legatária, prole eventual de pessoa existente por ocasião da morte do testador. Há parcela da doutrina que se vale de tal regra legal para reconhecer, por analogia, a perfeita admissibilidade de observância do prazo de 2 (dois) anos da abertura da sucessão para que haja o desenvolvimento do embrião, de modo a que, quando houver o nascimento com vida da criança, seja-lhe reconhecido o direito sucessório<sup>12</sup>.

Outra corrente doutrinária sustenta que, no sistema jurídico anterior ao Código em vigor, era inadmissível a constituição de vínculo de parentesco entre a criança gerada e o falecido (cujo material genético fora utilizado) sob o fundamento de que a morte extinguiu a personalidade; contudo, diante da regra do art. 1.597, do Código Civil de 2002, tal parcela da doutrina conclui, a contragosto, que o filho do falecido, fruto de técnica de reprodução assistida *post mortem*, terá direito à sucessão como qualquer outro filho, havendo sério problema a ser resolvido quando ocorrer o

---

<sup>12</sup> GOZZO, Débora. *Comentários ao Código Civil brasileiro* (coords. Arruda Alvim e Thereza Alvim). v. XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 22.

nascimento da criança depois de já encerrado o inventário e a partilha (ou a adjudicação) dos bens do autor da sucessão<sup>13</sup>.

E, há ainda aqueles que distinguem as duas situações: a) a criança desenvolvida a partir do embrião congelado e, portanto, concebido antes da morte do seu pai – tem direito à sucessão hereditária; b) a criança desenvolvida a partir do sêmen criopreservado antes da morte do seu pai – não tem direito à sucessão hereditária<sup>14</sup>.

Assentada a constitucionalidade e, portanto, a legitimidade da reprodução assistida “post mortem”, deve-se considerar que o art. 1.798, do Código Civil, “disse menos do que queria”, sendo estendido seu preceito aos casos de embriões já formados e aos futuros embriões formados a partir de material fecundante congelado. A melhor solução deve caminhar no sentido da equiparação da situação da criança gerada por técnica de reprodução assistida “post mortem” à posição do nascituro. E, para tanto, é de se considerar a petição de herança que, no âmbito do Código Civil de 2002, veio expressamente reconhecida, desde que haja observância do prazo prescricional de 10 (dez) anos da abertura da sucessão para que ocorra o desenvolvimento do embrião. Deve-se empregar o processo de integração da norma através da analogia para o fim de reconhecer que a situação é semelhante àquela que envolve um filho havido fora do casamento e não reconhecido em vida pelo falecido. Neste caso, mesmo em se tratando de uma pessoa gerada pelos métodos naturais (i.e., relação sexual entre um homem e uma mulher), tal pessoa terá o prazo prescricional de 10 (dez) anos a partir da abertura da sucessão para propor ação de petição de herança cumulada com investigação de paternidade (ou de maternidade) para o fim de ter assegurada sua participação na sucessão legítima da pessoa falecida.

A única diferença em relação à pessoa nascida, mas não reconhecida, relativamente à hipótese da criança gerada através de reprodução assistida “post mortem”, é a questão referente à não contagem ou suspensão da contagem do prazo prescricional. No caso da reprodução assistida “post mortem”, não há como aplicar a regra que prevê a não contagem de prazo prescricional no que tange à pessoa absolutamente incapaz, porquanto

---

<sup>13</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso avançado de Direito Civil*. v. 6, 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 132.

<sup>14</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*. São Paulo: RT, 1995, p. 109-110.

é perfeitamente possível que o embrião ou que o material fecundante fiquem congelados pelo período aproximado de 20 (vinte) anos.

Outro tema que diz respeito diretamente às conseqüências jurídicas da reprodução assistida “post mortem” é o da pensão securitária (no Regime Geral ou nos Regimes Especiais da Previdência Social) que é prevista em lei em favor dos filhos vulneráveis do segurado (menores de 21 anos de idade, ou maiores incapazes por força de doença mental). A legislação previdenciária “lato sensu” ainda não tratou do tema devido à sua novidade, mas obviamente a questão será levada ao conhecimento dos tribunais brasileiros em se tratando de criança gerada em razão da técnica de reprodução assistida “post mortem”.

Outra polêmica em torno das técnicas de reprodução assistida envolve a denominada maternidade de substituição, ou seja, a possibilidade de uma determinada mulher servir apenas como gestante para permitir que outra seja a mãe jurídica de uma criança gerada por técnica de reprodução assistida – inseminação artificial, fertilização “in vitro”, entre outras. É possível, neste caso, que haja o envolvimento de três mulheres que, de algum modo, contribuíram para a formação e o nascimento da criança: a) a mulher que pretende ser mãe jurídica, mas há impossibilidade ou contra-indicação à sua gravidez; b) a mulher que doará o óvulo para fins de fertilização (caso a primeira também não produza óvulos viáveis); c) a mulher que, não sendo a doadora do óvulo, será a gestante em razão de receber no seu corpo o embrião formado através da fertilização “in vitro”. No Direito francês, há proibição expressa acerca da maternidade de substituição (*Code civil*, art. 16-7).

A par da discussão acerca da legitimidade e, portanto, da constitucionalidade da técnica da maternidade de substituição, o grande questionamento é: quem será a mãe para o Direito no caso de maternidade de substituição? Nas doutrinas francesa e suíça, é feita a distinção entre a mãe de substituição – a mulher que engravida a partir de doação de óvulo seu – e a mãe portadora – mulher que apenas hospeda no seu corpo o embrião que se formou a partir do óvulo da mulher com quem combinou a gravidez<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*, op. cit., p. 68.

Há, fundamentalmente, três principais possibilidades em matéria de maternidade de substituição: a) a maternidade de substituição que envolve o embrião resultante de óvulo e espermatozóide do casal que deseja ser pais, com sua implantação no corpo de outra mulher; b) a maternidade de substituição que se relaciona ao óvulo e gravidez da mulher que não quer ser mãe jurídica da criança, mas empresta gratuitamente seu corpo para gestar, sendo que o sêmen utilizado é o do marido (ou companheiro) da mulher que quer ser mãe; c) a maternidade de substituição que consiste no embrião formado a partir da união de óvulo da própria mulher gestante e de espermatozóide de um doador anônimo, com o compromisso de entregar a criança ao casal que não contribuiu com seu material fecundante.

É preciso retomar algumas noções anteriormente apresentadas para considerar que, uma vez não havendo mais como ser aplicado o brocardo segundo o qual *mater semper certa est*, diante dos avanços científicos no campo da maternidade, é fundamental observar o princípio da paternidade responsável e, assim, entender que mãe jurídica é aquela que desenvolveu o projeto parental. Não havendo relação sexual que, no caso é substituída pela vontade expressa no desenvolvimento do projeto parental, é forçoso reconhecer que mãe jurídica será a mulher que desejou procriar, e não a mulher que engravidou, ou a que doou seus óvulos<sup>16</sup>. O momento da concepção é o mais importante daí a desconsideração do fator biológico como critério de estabelecimento de maternidade.

## 5. CONCLUSÃO

Constata-se, pois, que o estudo e preocupação multidisciplinares a respeito dos temas relacionados às técnicas de reprodução assistida se revelam necessários e fundamentais para que o Biodireito possa eficazmente tratar dos temas à luz dos valores e princípios constitucionais que informam o ordenamento jurídico brasileiro. Noções, categorias, classificações, regras, preceitos oriundos da Medicina, da Biologia, da Psicologia, da Sociologia, da Bioética, entre outras áreas do conhecimento humano, devem ser cada vez mais clarificados e analisados sob o enfoque multidisciplinar e, para tanto, o Direito precisa dialogar com tais áreas.

---

<sup>16</sup> HERNANDEZ IBÁÑEZ, Carmem. La filiacion en la fecundacion asistida. In: BARBERO SANTOS, Marino (org.). *Ingeniería genética y reproducción asistida*. Madrid: M. Barbero Santos, 1989, p. 259.

Outro ponto importante a ser considerado na análise da questão referente às técnicas de reprodução assistida, à filiação e aos Conselhos de Medicina, tem a ver com o que se pode denominar a revisita à teoria das fontes das normas jurídicas. Atualmente o Direito Civil Constitucional se revela o marco teórico e a base metodológica para encontrar os caminhos possíveis e as soluções viáveis para questões mais intrincadas e complexas possíveis. Da mesma forma, é preciso revalorizar algumas fontes formais do Direito constantes do art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil), como por exemplo os costumes.

A esse respeito, as normas constantes das Resoluções do Conselho Federal de Medicina, desde que não contrariem os princípios e regras constitucionais e legais, podem ser consideradas normas jurídicas (e não apenas normas deontológicas) caso decorram das práticas reiteradas, habituais e repetidas pelos atores principais no segmento profissional relacionado às técnicas de reprodução assistida – ou seja, pelos médicos. Contudo, como visto no trabalho, é de fundamental importância verificar a compatibilidade de tais normas no sistema jurídico-constitucional brasileiro, como no exemplo da vedação da prática da técnica da reprodução assistida “post mortem”. Como se sabe, não é admitido, no Direito brasileiro, o denominado costume “contra legem”, exatamente o que se percebe na regra do Conselho Federal que, ao contrário, a considera prática permitida na realidade sociocultural brasileira.

Vivencia-se, na atualidade, um novo e renovado Direito de Família e das Sucessões, diante das mudanças verificadas que, obviamente, impactam outras áreas como o Direito Regulatório (em sentido amplo) relacionado à atuação dos Conselhos Profissionais. Não se pode, no entanto, nunca perder de vista a dimensão individual e comunitária da dignidade da pessoa humana que deve servir como valor e referência primordial no debate sobre temas tão importantes na realidade da civilização humana.

## **ASSISTED HUMAN REPRODUCTION AND THE BOARDS OF MEDICAL PROFESSIONALS**

ABSTRACT: The article addresses the issue of the techniques of assisted human reproduction and its legal effects, including segment of the regulation given by

the Boards of Medical Professionals. The main objective is to analyze how the controversy on the issues arising from the impacts of such techniques is solved.

**KEYWORDS:** Biolaw. Parenthood. Ethical Rules. Doctors And Patients. Administrative Law. Family Law.

## **REFERÊNCIAS**

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (org.). **Jornadas de Direito Civil**. Brasília: CJF, 2007.
- BRASIL, Conselho Federal de Medicina, **Resolução CFM n. 1.931/2009**, publicada no DOU de 24.09.2009, Seção I, p. 90, e retificação publicada na Seção I do DOU de 13.10.2009.
- CAHALI, Francisco José. **Curso avançado de Direito Civil**. v. 6, 2. ed. São Paulo: RT, 2003.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: Família**. São Paulo: Atlas, 2008.
- GOZZO, Débora. **Comentários ao Código Civil brasileiro** (coords. Arruda Alvim e Thereza Alvim). v. XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- HERNANDEZ IBAÑEZ, Carmem. La filiacion en la fecundacion asistida. In: BARBERO SANTOS, Marino (org.). **Ingeniería genética y reproduccion asistida**. Madrid: M. Barbero Santos, 1989.
- JAYME, Erik. **Cours general de droit international privé**. Recueil des cours. Académie de Droit International, t. 251. The Hague –Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1997.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. São Paulo: RT, 1995.
- PIMENTA JÚNIOR, José Luiz B. e CAMPINHO, Bernardo. **Reflexões sobre a regulamentação da reprodução assistida**. Tribuna do Advogado. Rio de Janeiro: OAB/Seccional Rio de Janeiro, fevereiro de 2011.



---

# *A INCIDÊNCIA DA COFINS E DO PIS SOBRE OS JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO*

---

*Luiz Norton Baptista de Mattos*

*Juiz Federal na 2ª Região*

**RESUMO:** O presente artigo investiga a questão da incidência da COFINS e do PIS sobre os juros sobre capital próprio. O autor analisa o conceito de faturamento, a natureza jurídica dos juros sobre capital próprio, e a sua conformação com a hipótese de incidência das indigitadas contribuições sociais sob a égide das Leis nº 9.718/98, 10.637/02 e 10.833/03.

**PALAVRAS-CHAVE:** Juros capital próprio; COFINS e PIS.

## **1. INTRODUÇÃO**

A Constituição de 1988 alterou sensivelmente o ordenamento jurídico tributário nacional. Instituiu novas espécies tributárias, modificou a repartição federativa de competências para a instituição de tributos e previu uma série de garantias para os contribuintes, expressas em princípios constitucionais tributários e imunidades tributárias.

Em razão dessas inovações e da ausência de um entendimento solidificado e imediato a seu respeito, eclodiram, no Poder Judiciário, notadamente no âmbito da Justiça Federal, nas duas últimas décadas, diversas demandas nas quais os contribuintes discutiam o alcance das novas normas constitucionais tributárias, muitas delas com feições de demandas de massa em razão do grande número de processos repetitivos de igual teor instaurados em todos os cantos do país.

Em virtude da pequena utilização dos instrumentos processuais destinados ao tratamento de litígios idênticos, como a ação civil pública, essas ações repetitivas, não só na área tributária, acabaram por embarçar o funcionamento do Poder Judiciário, em todas as suas instâncias, impedindo o tratamento célere e adequado dos processos submetidos ao exame dos magistrados de todos os graus de jurisdição. Somente após a formação de uma interpretação final, definitiva e consolidada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça conforme a sede normativa da questão jurídica controvertida - que, muitas vezes, toma vários anos e, em alguns casos, mais de uma década após o ajuizamento da primeira ação daquela espécie -, diminuí ou cessa a propositura de ações a respeito do tema, por força da adequação do contribuinte e da Fazenda Pública ao entendimento pacificado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mormente quando sumulada, e, em especial, quando a corte superior de nosso país lhe atribui eficácia vinculante.

A COFINS e o PIS foram dos tributos federais que mais ensejaram ações judiciais nas quais se discutia a aplicação de regras constitucionais na sua tributação. As referidas contribuições sociais representam uma das principais fontes de receita da União Federal, ensejaram e ensejam diversos questionamentos jurídicos em razão das controvérsias a respeito da definição dos limites da sua hipótese de incidência fixada no texto originário da Constituição de 1988.

Um dos contenciosos mais relevantes relacionados às exações em tela consiste na verificação da sua incidência sobre as verbas recebidas a título de juros sobre capital próprio, o que deu azo à propositura de diversas ações judiciais.

O deslinde da controvérsia exige, inicialmente, a verificação se os valores recebidos a título de juros sobre capital próprio têm a natureza de faturamento, ou seja, de receitas operacionais, na vigência da redação originária da Constituição Federal de 1988, porquanto se não houver o seu enquadramento no conceito de faturamento, não haverá incidência das contribuições em exame até a edição da Emenda Constitucional nº 20/98 e o advento das Leis nº 10.637/02 e 10.833/03 que ampliaram, respectivamente, a hipótese de incidência e base de cálculo das aludidas contribuições sociais na vigência da apontada emenda constitucional.

Já na vigência da EC nº 20/98 e das Leis nº 10.637/02 e 10.833/03, período no qual a COFINS e o PIS passou a incidir validamente sobre todas as receitas do contribuinte, a investigação da sua incidência sobre os juros sobre capital próprio demanda a pesquisa da existência de alguma norma jurídica que isente ou exonere as verbas em questão da incidência das duas contribuições sociais.

Ambos diplomas legais previram a exclusão dos lucros e dividendos da base de cálculo das duas exações, o que levou diversos contribuintes a pleitear também a exclusão dos juros sobre o capital próprio sob o argumento de que, por serem forma alternativa de participação dos acionistas nos lucros das pessoas jurídicas nas quais investem seu capital, estariam albergados pelas normas de isenção por analogia ou identidade de fundamentos.

Assim, este sucinto e singelo trabalho destina-se ao estudo da incidência, ou não, da COFINS e do PIS sobre os juros sobre capital próprio. A consecução deste desiderato exige, inicialmente, a definição da hipótese de incidência da COFINS e do PIS em face do texto originário da Constituição de 1988, da Emenda Constitucional nº 20/98, e das Leis nº 9.718/98, 10.637/02 e 10.833/03. Abarca também a perquirição da existência de norma legal que isente os juros sobre capital próprio da incidência dos tributos em apreciação e da possibilidade de extensão a eles da regra de isenção prevista para os lucros e dividendos.

## **2. A BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS**

O artigo 195 da Lei Fundamental, em sua redação anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, mediante os incisos I, II e III, em rol taxativo, determinava que a seguridade social seria financiada através de contribuições dos empregadores, incidentes sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro; dos trabalhadores e sobre a receita dos concursos de prognósticos. As exações sobre as fontes de custeio aí relacionadas de forma exaustiva e fechada poderiam ser instituídas por lei ordinária. É possível a criação de outras contribuições, com hipóteses de incidência diversas daquelas, devendo nesse caso, por força do seu parágrafo 4º, o ato normativo instituidor observar as regras que norteiam a competência residual tributária da União Federal prevista no art. 154, I, ou seja, a reserva

de lei complementar, a ausência de cumulatividade e a impossibilidade de adoção de fato gerador ou de base de cálculo próprios dos impostos discriminados na Constituição.

O conceito de faturamento vem sendo definido pela Corte Suprema, a partir do voto do Ministro Ilmar Galvão, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 150.764-PE, publicado na RTJ nº. 147/1039, como a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, isto é, o produto de todas as vendas de mercadorias e serviços, e não apenas das vendas acompanhadas de fatura, formalidade exigida somente das vendas mercantis a prazo.

Assim, o faturamento a que alude o artigo 195, I da Constituição Federal de 1988, na sua redação originária, deve ser entendido como receita bruta, ou seja, corresponde a todos os valores recebidos pelo contribuinte em razão das suas atividades empresariais típicas, relacionadas com o seu objeto social definido em seu ato constitutivo. Faturamento não é sinônimo de receita. Todo faturamento é receita, mas nem toda receita é faturamento, porquanto ela abrange as receitas operacionais e as receitas não-operacionais. Sob a égide do texto originário da Carta Magna, as receitas não-operacionais só podem sofrer a incidência de contribuição social instituída por lei complementar, haja vista a sua incongruência com as fontes de financiamento previstas na redação originária do art. 195, I da CF/88.

Assim, na vigência da redação originária do artigo 195 da Carta Magna, as receitas operacionais, ou seja, os aportes, os valores recebidos em razão das atividades empresariais típicas, constituíam fontes ordinárias de financiamento da seguridade social, suscetíveis de tributação mediante contribuição social instituída por lei ordinária. Já as receitas não-operacionais, ou seja, aquelas resultantes de atividades ou operações realizadas pela pessoa jurídica que extrapolam o seu objeto social eram fontes extraordinárias de custeio da seguridade social, a demandar, nos termos do § 4º do artigo 195 da Carta Magna, a edição de lei complementar para que pudessem constituir base de cálculo e fato gerador de contribuição social destinada ao financiamento da seguridade social.

Vê-se, pois, que é o objeto social da pessoa jurídica, delimitado no seu ato constitutivo, que vai indicar se determinado ingresso de recursos

tem a natureza de receita bruta, de receita operacional, de faturamento, a suportar validamente a incidência da contribuição para o PIS e da COFINS na vigência da redação originária do artigo 195 da C.F./88, anterior ao advento da EC n° 20/98; ou se a receita tem qualidade não-operacional, a repelir a incidência das referidas exações naquele período.

Assim, se a pessoa jurídica tem como objeto social a atividade, ainda que sem caráter exclusivo, de locação de bens imóveis ou móveis, o montante dos aluguéis recebidos constitui faturamento, receita operacional, a gerar a incidência das contribuições em exame. Já se o contribuinte é uma instituição financeira e aluga um imóvel de sua propriedade que, por exemplo, não está empregado nas suas atividades, o aluguel é receita não-operacional, não sujeita, antes da entrada em vigor e do início da eficácia das Leis n° 10.637/2002 e 10.833/2003, à incidência da contribuição para o PIS e da COFINS.

Igualmente, se o contribuinte é um banco, uma instituição financeira, as suas receitas financeiras, salvo isenção legal, como aquelas previstas no artigo 3°, §§ 5°, 6°, 7° e 8°, da Lei n° 9.718/98, são receitas operacionais sujeitas às exações das contribuições em tela. Já se o contribuinte tem como objeto social a produção e venda de produtos de higiene, as suas receitas financeiras, resultantes de aplicação em títulos públicos, são receitas não-operacionais, não sujeitas à incidência das aludidas exações no período em questão.

A Lei Complementar n° 70/91, conferindo efetividade ao art. 195, inciso I da C.F./88, instituiu a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), tendo como base de cálculo (art 2°.) a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, sendo a higidez constitucional dessa disposição declarada pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade n° 1-DF, exatamente por coincidir com o significado de faturamento consagrado pela jurisprudência daquela Corte para efeitos fiscais.

Assim, a Lei n° 9.718/98, ao determinar, em seu art. 3° § 1°, a incidência do tributo em tela sobre todas as receitas da empresa, independentemente do tipo de atividade exercida e da classificação contábil adotada, sem limitar-se aos recursos auferidos com a venda de mercadorias e serviços,

ampliou a sua hipótese de incidência além dos parâmetros albergados no texto constitucional vigente quando de sua edição. Instituiu contribuição social nova, com fato gerador diverso daqueles arrolados no art. 195, caput, incisos I, II e III, da Carta da República, sem obedecer a regra do seu parágrafo 4º, porque não seguiu o processo legislativo próprio da lei complementar.

A Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1995, alterou o art. 195, inciso I da Lei Fundamental, para incluir, em sua alínea “a”, as receitas da empresa, qualquer que seja a sua espécie, entre as fontes de custeio ordinárias da seguridade social, possibilitando a instituição da contribuição respectiva por mera lei ordinária.

Não teve, contudo, o efeito de sanar os defeitos do dispositivo legal impugnado, porque a Lei nº 9.718/98 a precedeu, sendo incompatível com a ordem constitucional vigente no momento de sua entrada em vigor. É cediço que a inconstitucionalidade é vício congênito, que fulmina o ato normativo desde a sua origem, tornando-o nulo, de sorte que o seu reconhecimento judicial, seja em sede de controle difuso, seja em sede de controle concentrado, tem eficácia *ex tunc*, desconstituindo todos os seus efeitos produzidos, como se jamais tivesse existido, o que impede que a norma constitucional superveniente venha a recepcioná-lo.

No tocante à contribuição para o PIS, também está configurada a inconstitucionalidade da Lei nº. 9.718/98, relativamente à base de cálculo do tributo.

Deveras, a Carta Magna de 1988, em seu art. 239, recepcionou a contribuição para o PIS na forma de determinada pela Lei Complementar nº. 7, de 7 de setembro de 1970, conferindo-lhe a natureza de contribuição social, com destinação previdenciária.

Logo, após 5 de outubro de 1988, a contribuição para o PIS passou a retirar o seu fundamento de validade e autoridade jurídica do art. 239 da C.F., que, ao fazer referência à Lei Complementar nº. 7/70, consagrou a sua hipótese de incidência e base de cálculo na forma prevista naquela norma complementar, ou seja, o faturamento, *ex vi* do seu art. 3º, “b”.

Ademais, o art. 72, inciso V da ADCT, com redação determinada pela Emenda Constitucional no. 17/97, determinou a incidência do PIS sobre a receita bruta operacional.

A Lei nº. 9.715/98, decorrente da conversão da M.P. nº. 1.676-37, de 25 de setembro de 1998, manteve esse conceito, ao prever a incidência do tributo, em seu art. 2o., inciso I, sobre o faturamento das pessoas jurídicas de direito privado, das sociedades de economia mista e das empresas públicas, definindo o faturamento, em seu art. 3o, como o produto da venda de bens nas operações de conta própria e do preço dos serviços prestados, e o resultado auferido nas operações de conta alheia.

Já a Lei nº. 9.718/98, ao prescrever a incidência do tributo em exame sobre todas as receitas da empresa, ampliou a sua hipótese de incidência além dos limites demarcados no art. 239 e no art. 72, inciso V do ADCT.

Pode-se dizer que a EC nº 20/98 não convalidou a nulidade da norma legal objurgada, não só por lhe ser posterior, mas também porque alterou apenas o art. 195, inciso I da Constituição, que fundamenta a competência para a instituição de contribuição social sobre o faturamento, que não se confunde com o PIS, nada acrescentando aos artigos 239 e 72, inciso V da ADCT, mantendo-se, pois, a remissão constitucional à Lei Complementar nº. 7/70.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos REs nº 390.840-MG e 346.084-PR, realizado no dia 09/11/2005, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 3º, parágrafo 1º da Lei nº 9.718/98. como se nota:

*CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. TRIBUTÁRIO - INSTITUTOS - EXPRESSÕES E VOCÁBULOS - SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS - RECEITA BRUTA - NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias,*

*de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada (RE nº 390840-MG, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 09/11/2005)*

Por outro lado, importante reconhecer que as Leis nº 10.637/2002 e 10.833/03, em consonância com a nova redação dada ao artigo 195, inciso I, alínea “b”, da CF/88 pela EC nº 20/98, nos seus respectivos artigos 1º, prescreveram a incidência das contribuições em análise sobre o faturamento mensal da empresa, assim entendido como o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

Conseqüentemente, após 1º de dezembro de 2002, a contribuição para o PIS/PASEP passou a incidir validamente sobre todas as receitas da pessoa jurídica, consoante o artigo 68, inciso II, da Lei nº 10.637/2002, uma vez que o indigitado diploma legal, publicado em 31/12/2002, é fruto da conversão da MP nº 66/2002, publicada em 30/08/2002, data que deve servir como termo inicial para a aplicação do princípio da anterioridade nonagesimal. Após 1º de fevereiro de 2004, a COFINS passou a incidir validamente sobre todas as receitas da pessoa jurídica, consoante o artigo 93, inciso I, da Lei nº 10.833/2003, já que a referida lei é fruto da conversão da MP nº 135/2003, publicada em 31/10/2003, data que deve servir como termo inicial para a aplicação do princípio da anterioridade nonagesimal.

### **3. A INCIDÊNCIA DA COFINS E DO PIS SOBRE JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO NA VIGÊNCIA DAS LEIS Nº 9.718/98, 10.637/02 E 10.833/03**

Juros sobre capital próprio são rendimentos que o acionista recebe da empresa na qual investiu o seu capital. Correspondem a uma forma de remuneração do capital investido pela indisponibilidade do dinheiro enquanto aplicado na empresa.

A sua base de cálculo corresponde, nos termos do artigo 9º da Lei nº 9.249/95, ao valor do patrimônio líquido, com exclusão da reserva de

reavaliação de bens e direitos da pessoa jurídica, sobre o qual vai incidir pro rata dia a Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP), fixada pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) para ter vigência a cada três meses.

O seu pagamento, nos termos do § 1º do referido artigo, não exige resultado positivo no período, ou seja, a existência de lucro no exercício antes da dedução dos juros, uma vez que o seu creditamento pode ocorrer com base em lucros acumulados e reservas de lucros, em montante igual ou superior ao valor de duas vezes os juros a serem pagos ou creditados.

A pessoa jurídica que paga os juros pode, consoante o dispositivo legal em análise, deduzir o seu montante para efeitos de apuração do lucro real.

Os juros sobre capital próprio são para a pessoa jurídica que os paga ou credita despesa financeira; e receita financeira para a pessoa jurídica, tributada com base no lucro real, que os recebe em razão da sua participação no capital da empresa pagadora, conforme o § 3º e o § 4º, alínea "a", do artigo 29 da Instrução Normativa SRF nº 11/96.

Diferem dos dividendos porque não são pagos conforme o desempenho da empresa no período, mas, ao contrário, são baseados nos resultados apresentados nos períodos anteriores, mas que ficam retidos na empresa. Os dividendos estão condicionados ao desempenho da empresa no respectivo exercício social, segundo o artigo 2002 da Lei nº 6.404/76, ou seja, são pagos em razão do lucro apurado no exercício e são, por conseguinte, calculados com base no lucro, sem a aplicação de qualquer taxa de juros.

Os juros sobre capital próprio representam, portanto, uma forma facultativa e alternativa ao pagamento de dividendos, com diferentes efeitos fiscais, a possibilitar a sua dedutibilidade no cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica.

Vê-se, pois, que os dividendos e os juros sobre capital próprio não se confundem; são institutos distintos, com naturezas jurídicas próprias e diferentes efeitos tributários. Os juros sobre capital próprio não são espécie de dividendos.

O artigo 1º, § 3º, inciso V, alínea "b", da Lei nº 10.637/2002, e o artigo 1º, § 3º, inciso V, alínea "b", da Lei nº 10.833/2003, repetindo regra que já

estava albergada no artigo 1º, § 2º, inciso II, da Lei nº 9.718/98, excluem da base de cálculo das exações em tela as receitas, entre outras, referentes aos lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição.

A regra de isenção não prevê expressa e literalmente a exclusão das receitas derivadas do recebimento de juros sobre capital próprio da base de cálculo das contribuições questionadas.

Não é possível a extensão da regra de exoneração para as receitas atinentes ao crédito de juros sobre capital próprio com supedâneo na circunstância de os dois dispositivos legais antes mencionados isentarem os lucros e dividendos, porquanto as normas que instituem isenção devem ter interpretação restritiva, nos termos do artigo 111, inciso II, do C.T.N.; e os juros sobre capital próprio têm, como visto anteriormente, natureza jurídica e regramento distintos dos lucros e dividendos, e, por isso, a eles não se equiparam.

Posteriormente, o Decreto nº 5.164/2004, editado com esteio no permissivo contido no artigo 195, § 9º, da Carta Magna e no artigo 27, § 2º, da Lei nº 10.865/2004, reduziu a zero, no caput do artigo 1º, as alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de incidência não cumulativa das referidas contribuições, excepcionando, no parágrafo único do aludido artigo, as receitas financeiras oriundas de juros sobre capital próprio e as decorrentes de operação de hedge, haja vista a grande potencialidade de aporte de recursos para a seguridade social resultante dos juros sobre capital próprio, e o restrito universo de contribuintes que os auferem e que são dotados de alta e poderosa capacidade contributiva.

Em síntese, a contribuição para o PIS/PASEP e a COFINS incidem sobre os juros sobre capital próprio na vigência das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003, porque aqueles valores têm a qualidade de receitas financeiras e não há qualquer norma legal ou regulamentar que os exclua da incidência, da base de cálculo daqueles tributos. Desde que tenham a qualidade de receitas não-operacionais, conforme o objeto social do contribuinte, não se sujeitam à incidência das mencionadas exações, na vigência da Lei nº 9.718/98.

Em abono ao raciocínio desenvolvido neste voto, destacam-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

*“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AOS ARTS. 165, 458 E 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. PIS E COFINS. INCIDÊNCIA.*

*1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa aos arts. 165, 458 e 535 do CPC.*

*2. Os juros sobre capital próprio correspondem a remuneração de capital – e não a lucro ou dividendo – e, por isso, constituem receita financeira tributável pelo PIS e Cofins. Precedentes da Primeira Turma do STJ.*

*3. Esclareça-se que a cobrança das referidas Contribuições está fundada nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 (posteriores, portanto, à EC 20/1998), que prevêem a incidência tributária sobre “o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil”.*

*4. Na hipótese dos autos, não há discussão quanto à constitucionalidade da base de cálculo (que abrange as receitas financeiras).*

*5. Recurso Especial não provido”. (STJ, RESP nº 956615, rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j.13/10/2009)*

*“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. PIS/COFINS. JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO.*

*1. Incide PIS e Cofins sobre juros calculados sobre capital próprio. Precedente da Primeira Turma: REsp 921.269/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 14/06/2007.*

*2. Os juros sobre capital próprio, na vigência das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, integram a base de cálculo do PIS/Cofins.*

*3. Não incide PIS/Cofins sobre juros computados sobre capital próprio no período compreendido entre a vigência da Lei 9.718/98 até a entrada em vigor das Leis 10.637/02 e 10.833/03, em face de ter o STF declarado inconstitucional o § 1º do art. 3º da primeira lei mencionada (RE 357.950-9).*

*4. No referido período, a base de cálculo do PIS e da Cofins ficou estabelecida como sendo receita bruta ou faturamento decorrente “quer de renda de mercadoria, quer de venda de mercadorias e*

*serviços, quer de serviços, não se considerando receita bruta de natureza diversa” (RE 357.950-9).*

*5. Recursos especiais da empresa e da União Federal não-providos.” (REsp n°1.018.013-SC, 1ª. Turma, rel. Min. José Delgado, j. 08/04/2008)*

*“TRIBUTÁRIO. COFINS. PIS. JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO QUE A PESSOA JURÍDICA INVESTE EM OUTRA EMPRESA. INCIDÊNCIA.*

*1. Os juros recebidos de capital próprio investido pela sociedade empresarial em outra empresa constituem receitas financeiras.*

*2. Juros de capital próprio investido não se confundem com dividendos. Entidade com configurações jurídicas e efeitos não assemelhados. Regime jurídico diferenciado a eles praticado.*

*3. As Leis n°. 10.637, de 2002, e 10.883, de 2003, determinam, expressamente, os acontecimentos negociais que não compõem a base de cálculo da Cofins e PIS. Inexiste previsão excluindo a receita dos juros sobre o capital próprio da referida base de cálculo.*

*4. Impossibilidade do Poder Judiciário criar situação de não-incidência tributária por interpretação analógica da lei. Obediência a princípio da legalidade.*

*5. Os juros sobre o capital próprio tem por finalidade remunerar o capital do investidor. São calculados sobre as contas do patrimônio líquido da pessoa jurídica. Os dividendos representam parcela do lucro distribuído pela empresa aos seus sócios. Entidades que, pelas suas próprias características, não se confundem a que recebem tratamento tributário diferenciado.*

*6. Os juros recebidos por capital próprio empregado em outra empresa integram a receita bruta do favorecido. Incide sobre eles Cofins e PIS.*

*7. Recurso especial não-provido”. (REsp n° 952.566-SC, 1ª. Turma, rel. Min. José Delgado, j. 18/12/2007)*

*“MANDADO DE SEGURANÇA. JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO DISTRIBUÍDOS AOS SÓCIOS/ACIONISTAS. INCIDÊNCIA DE PIS E COFINS. NATUREZA DE DIVIDENDOS. IMPOSSIBILIDADE. ISENÇÃO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. ART. 111 DO CTN. OMISSÃO QUANTO A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO.*

*I - Incabível a análise de omissão quanto à análise de dispositivo constitucional, em razão da falta de interesse da parte, eis que suficiente a oposição de embargos declaratórios para ensejar o prequestionamento na via do recurso extraordinário. Precedente: AgrRg no Agr nº 799.362/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 05/03/07.*

*II - Discute-se, nos presentes autos, a incidência na base de cálculo do PIS e da COFINS dos juros sobre capital próprio (JCP), com base no Decreto nº 5.164/2004, o qual reduziu a zero a alíquota das referidas contribuições, excluindo as receitas decorrentes dos JCP e de operações de hedge.*

*III - Os juros sobre capital próprio não possuem natureza de lucro ou dividendo, mas de receita financeira.*

*IV - De acordo com a Lei nº 9.249/95, apresentam-se os juros sobre capital próprio como uma faculdade à pessoa jurídica, que pode fazer valer de seu creditamento sem que ocorra o efetivo pagamento de maneira imediata, aproveitando-se da capitalização durante esse tempo. Além do mais, ao contrário dos dividendos, os JCP dizem respeito ao patrimônio líquido da empresa, o que permite que sejam creditados de acordo com os lucros e reservas acumulados.*

*V - As normas instituidoras de isenção (art. 111 do CTN), por preverem exceções ao exercício de competência tributária, estão sujeitas à regra de hermenêutica que determina a interpretação restritiva, dada à sua natureza. Não prevista, expressamente, a hipótese de exclusão dos juros de capital próprio da base de cálculo do PIS e da COFINS, pelas Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, incabível fazê-lo por analogia.*

*VI - Recurso especial improvido".(REsp nº 921.269-RS, 1ª Turma, rel. Min. Francisco Falcão, j. 22/05/2007)*

#### **4. CONCLUSÃO**

Juros sobre capital próprio são rendimentos que o acionista recebe da empresa na qual investiu o seu capital.

Diferem dos dividendos porque não são pagos conforme o desempenho da empresa no período, mas, ao contrário, são baseados nos resultados

---

apresentados nos períodos anteriores, mas que ficam retidos na empresa. Representam despesa financeira para a pessoa jurídica que os pagar e receita financeira para a pessoa jurídica que os recebe.

Na vigência da redação originária da Constituição de 1988 e da Lei nº 9.718/98, não se sujeitam à incidência da COFINS e do PIS devido à inconstitucionalidade do artigo 3º, § 1º, do apontado diploma legal, salvo se a pessoa jurídica que os recebe tiver no seu objeto social a participação em outras pessoas jurídicas, caso em que os juros sobre capital próprio ostentam a qualidade de receitas operacionais típicas.

Já sob a égide da EC nº 20/98 e das Leis nº 10.637/02 e 10.833/03, inserem-se na base de cálculo de ambos tributos, independentemente do objeto social do contribuinte, porque não são atingidos pela regra de isenção prevista no artigo 1º, § 3º, inciso V, alínea “b”, da Lei nº 10.637/2002, e no artigo 1º, § 3º, inciso V, alínea “b”, da Lei nº 10.833/2003.

## **THE LEVY OF THE CONTRIBUTION ON REVENUES (COFINS) AND THE CONTRIBUTION TO THE SOCIAL INTEGRATION PROGRAM (PIS) ON INTEREST ON EQUITY**

**ABSTRACT:** This paper delves into the issue of the the levy of the contribution on revenues (COFINS) and the contribution to the Social Integration Program (PIS) on interest on equity. The author analyzes the meaning of revenues, the legal nature of interest on equity, and its accordance to the taxable events of these welfare contributions under Laws nº 9.718/98; 10.637/02 e 10.833/03.

**KEYWORDS:** Interest on equity; COFINS and PIS.

---

# A INTERPRETAÇÃO APLICATIVA DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA

---

*Marcus Livio Gomes*

*Juiz Federal da SJRJ-TRF2. Doutor em Direito Tributário pela Universidad Complutense de Madrid – UCM, Madrid, Espanha. Mestre em Direito Tributário pela Universidad Complutense de Madrid – UCM. Professor do Curso de Especialização em Direito Tributário da Fundação Getúlio Vargas – FGV, Rio de Janeiro/RJ, Brasil. Coordenador da Revista de Direito Tributário da Associação Brasileira de Direito Financeiro – ABDF. Coordenador da Comissão de Direito Tributário da Escola da Magistratura – EMARF do TRF2*

**RESUMO:** No conjunto de atividades que deve desenvolver a Administração Tributária, um dos principais problemas existentes é a interpretação administrativa com relação aos procedimentos de aplicação dos tributos, a qual abre novas perspectivas na averiguação do valor que revestem as atuações da Administração para a relação jurídico-tributária, fruto da procedimentalização da atividade administrativa. Uma vez reconhecida a possibilidade de interpretação por parte da Administração Tributária, surge a necessidade real de regular essa atividade administrativa e os recursos contra o seu exercício ilegal, a fim de poder harmonizar os interesses da Fazenda e dos obrigados tributários, potencializando os procedimentos jurídicos que dispõem as legislações tributárias. Pelo fato de ter, como função administrativa do Estado, a finalidade de interpretar ou esclarecer as normas jurídicas ou organizar e coordenar a Administração Tributária para fins internos, de modo geral, as disposições administrativas não vincularão os obrigados tributários, os órgãos do processo administrativo fiscal ou o Poder Judiciário. Não são fontes do ordenamento tributário no sentido estrito nem regulamentos, mas revestem notável importância na medida em que explicitam a organização administrativa, os critérios administrativos elaborados ou unificados e a possível atuação da Administração, que gerencia um sistema tributário de massas altamente complexo e cambiante.

**PALAVRAS-CHAVE:** Interpretação. Legislação Tributária. Distribuição de Competência Administrativa. Administração Tributária. Normatização Secundária. Aplicação do Sistema Tributário. Jurisprudência Administrativa. Unificação de Critério. Critério Administrativo.

## **1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS. FUNDAMENTO DA COMPETÊNCIA INTERPRETATIVA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA**

No conjunto de atividades que deve desenvolver a Administração Tributária, um dos principais problemas existentes é a interpretação administrativa com relação aos procedimentos de aplicação dos tributos, a qual abre novas perspectivas na averiguação do valor que revestem as atuações da Administração para a relação jurídico-tributária, fruto da procedimentalização da atividade administrativa (função administrativa do Estado).

Uma vez reconhecida a possibilidade de interpretação por parte da Administração Tributária, surge a necessidade real de regular essa atividade administrativa e os recursos contra o seu exercício ilegal, a fim de poder harmonizar os interesses da Fazenda e dos obrigados tributários, potencializando os procedimentos jurídicos que dispõem as legislações tributárias.

Pelo fato de ter, como função administrativa do Estado, a finalidade de interpretar ou esclarecer as normas jurídicas ou organizar e coordenar a Administração Tributária para fins internos, de modo geral, as disposições administrativas não vincularão os obrigados tributários, os órgãos do processo administrativo fiscal ou o Poder Judiciário. Não são fontes do ordenamento tributário no sentido estrito nem regulamentos, mas revestem notável importância na medida em que explicitam a organização administrativa, os critérios administrativos elaborados ou unificados e a possível atuação da Administração, que gerencia um sistema tributário de massas altamente complexo e cambiante.

Ao final, o que se espera é que esta função administrativa de interpretar o sistema jurídico possa prover o Poder Judiciário de fundamentos mais técnicos para as suas decisões, reduzindo a insegurança jurídica do complexo sistema tributário brasileiro.

### **1.1. O princípio da tipicidade tributária e os limites às possibilidades de configuração secundária da Administração Tributária nas tarefas de unificação de critério administrativo por meio de sua competência interpretativa**

As leis e os regulamentos deixam amplas margens de discricionariedade

para os aplicadores administrativos – Administração Tributária, em se tratando de matéria tributária - ou não concretizam o significado de muitos conceitos (conceitos indeterminados e cláusulas gerais). A finalidade da normatização secundária é preencher essas lacunas ou interpretar os conceitos obscuros - sem que disso derive *ius novum* -, gerando critérios administrativos objetivos, seguros e confiáveis<sup>1</sup>.

O reflexo ou vantagem mais aparente da normatização secundária é que determinada interpretação será aplicada a todos os obrigados tributários uniformemente no âmbito de atuação da Administração e os atos desta terão a mesma orientação, o que favorece a imparcialidade e afasta a arbitrariedade, pois estabelecem *a priori* os critérios que hão de aplicar-se, independentemente das circunstâncias dos casos concretos<sup>2</sup>.

Desse modo, aumenta a segurança nos órgãos inferiores que praticam a interpretação aplicativa diante de matérias complexas e regulamentações de natureza técnica, aprimorando-se, assim, a eficácia administrativa e obtendo-se maior certeza e segurança jurídica nas relações entre o obrigado tributário e a Administração. Com efeito, os operadores administrativos passam a dispor com rapidez de critérios de solução de conflitos, o que favorece a celeridade em sua solução no âmbito dos procedimentos tributários e reduz a litigiosidade.

Nessa linha, as disposições interpretativas ou esclarecedoras, expressas por meio de circulares, instruções, ordens, atos declaratórios interpretativos e instruções normativas autolimitam a própria Administração, na medida em que esta exterioriza seu critério<sup>3</sup>.

Isso possibilitará, na prática, a modificação da jurisprudência em sua tarefa de controle da atividade administrativa, em função das características mais técnicas da interpretação administrativa, bem como a possibilidade de o Poder Judiciário forçar a Administração Tributária a uma interpretação sistemática que oriente a elaboração e unificação de critério que valorize a interpretação valorativa e principialista<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> SARRIÓN, 2002, p. 27 et seq.

<sup>2</sup> Ibid, p. 32.

<sup>3</sup> VILLAR PALASÍ, 1965, p. 36.

<sup>4</sup> Quais são os efeitos para o princípio da legalidade de um sistema constitucional tendencialmente principialista? Como dissemos, a implementação legislativa dos mencionados princípios constitucionais, que envolvem uma inevitável técnica enunciativa das normas legais em termos vagos, imprecisos e ambíguos,

Assim, o princípio da legalidade ou reserva de lei deve ser interpretado com flexibilidade. Por conseguinte, o enfraquecimento do princípio da legalidade que vem ocorrendo no Direito Tributário se faz acompanhar de maior transcendência das formas infralegais de manifestação do Direito, que, por sua vez, devem ser controladas em sua interpretação e aplicação pelos órgãos jurisdicionais<sup>5</sup>.

No Brasil, o problema reside em que a teoria da estrita legalidade ou legalidade absoluta ou da tipicidade fechada<sup>6</sup> minimiza a importância da interpretação administrativa. O que se questiona é se a legislação considera o princípio da tipicidade no Direito Tributário e, se assim for, se prevê uma tipicidade fechada ou aberta. Objetivamente, a questão está em fixar, clara e precisamente, os limites da Administração na interpretação para a elaboração do critério administrativo<sup>7</sup>.

Entendemos que a legislação admite a tipicidade aberta. Fomos buscar o fundamento filosófico nos Direitos Fundamentais dos obrigados tributários. Isso porque a adoção da segurança jurídica como princípio absoluto do Direito Tributário, mediante a afirmação de que esse ramo do Direito teria características tão peculiares e particulares que nem sequer seriam encontradas no Direito Penal, reflete a posição ideológica de privilegiar a liberdade vinculada ao patrimônio em detrimento da liberdade vinculada à pessoa<sup>8</sup>.

remete ao aplicador do direito no caso concreto a ponderação, a escolha e a decisão sobre a possível harmonia entre os diversos princípios e valores constantes da Constituição.

<sup>5</sup> CORTÉS DOMINGUEZ e MARTÍN DELGADO, 1977, p. 46. O princípio da legalidade deve ser entendido nos termos do princípio da reserva de lei (artigos 31.3 e 133.3 da CE). GAMBA VALEGA, 1999, p. 190 et seq. O autor assevera a extensão vertical da reserva de lei em matéria tributária, dispõe sobre a diferente intensidade da Lei na regulação dos elementos compreendidos nesse princípio, ou seja, que grau de concretização, de densidade normativa é exigido do Parlamento na regulação dos elementos, que conteúdo material devem revestir as leis na predeterminação das matérias que lhes são reservadas no âmbito tributário. Segundo o autor, embora o legislador deva efetuar uma regulação mínima dessas matérias, nem por isso está obrigado a regular rígida e pormenorizadamente todos e cada um dos elementos reservados à Lei. Isso é assim porque excluiria qualquer intervenção da Administração, podendo sacrificar a aplicação de outros princípios ou valores constitucionais dignos de proteção.

<sup>6</sup> Antes de um aprofundamento sobre a questão, cumpre ressaltar a terminologia. Na doutrina pátria, o princípio da tipicidade também é denominado princípio da “reserva absoluta de lei” ou princípio da “estrita legalidade tributária”. A praxe jurídica consolidou essas denominações.

<sup>7</sup> É a definição do fato tributável por parte do legislador que irá definir a maior ou menor abertura do tipo, havendo sempre a possibilidade de adequação da norma à realidade, abrindo-se à aplicação teleológica do Direito, o que permite a utilização pela lei de cláusulas gerais e conceitos indeterminados (LODI RIBEIRO, R.: Justiça, interpretação e elisão tributária, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, p. 34).

<sup>8</sup> DOMINGUES, 1999, p. 114. Entendemos que a melhor postura é a de RICARDO LOBO TORRES. Afirma o autor que o princípio da tipicidade é um corolário dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, de modo que, no Direito Tributário, sua localização no contexto do último princípio parece mais adequada por sua relevância e conteúdo.

Ordinariamente, o legislador realiza a tipificação. Não obstante, haverá casos excepcionais em que a Administração o fará, nas hipóteses em que se deva preservar o princípio da igualdade na aplicação da Lei, do qual deriva a unidade de critério.

Ocorrerá na via da interpretação aplicativa por meio das circulares, instruções, ordens, instruções normativas ou atos declaratórios interpretativos da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB)<sup>9</sup> sempre levando em conta o valor dessas normas como fontes do Direito, mas que, sob nenhuma hipótese, vinculam os obrigados tributários.

O limite do processo de interpretação aplicativa será a função de *inus novum* ou integradora, permitindo-se a função valorativa. O problema será deslindar quando há inovação e quando, simplesmente, há valoração. Só pela análise do caso concreto será possível averiguar a distinção.

O Supremo Tribunal Federal já analisou a matéria e indicou a flexibilização do dogma da tipicidade fechada. Trata-se de precedente no Recurso Extraordinário n.º 343.446, cujo relator foi o Ministro Carlos Velloso, julgado em 20/03/2003, no qual se questionava a possibilidade de a Lei delegar ao Poder Executivo, mediante decreto, a elaboração efetiva das alíquotas da Contribuição para o Custeio do Seguro contra Acidentes do Trabalho - SAT<sup>10</sup>.

Assim, a Administração Tributária, em vista das especificidades de sua legislação, tem uma função de configuração secundária, subsidiariamente criadora e individualizadora com respeito ao Poder Judiciário<sup>11</sup>. Não

<sup>9</sup> Isso ocorre porque a definição atribuída ao tipo pela Lei não é definitiva nem totalmente precisa e necessita de uma ordenação valorativa por parte dos aplicadores do Direito, principalmente da Administração Tributária. Isso se deve ao fato de ser impossível a total concretização da lei pela abertura da linguagem.

<sup>10</sup> Contribuição para o Custeio do Seguro contra Acidentes do Trabalho – SAT. No acórdão, o Tribunal decidiu que a exigência do princípio da legalidade é que a Lei delimite, em caráter formal, a definição do fato tributável, da obrigação, da base tributável e liquidável, a elaboração da alíquota de gravame e dos demais elementos diretamente determinantes da quantia da dívida tributária. Não obstante, a verificação dos dados e elementos pode ser delegada ao Poder Executivo que, servindo-se do decreto, interpretará a realidade fática para aplicá-la corretamente, caso a caso, de acordo com as disposições legais. A decisão do citado acórdão parece constituir uma negação da chamada teoria da “reserva absoluta de lei formal” ou “tipicidade fechada”, segundo a qual o legislador deve descrever os elementos da relação jurídico-tributária com total precisão, esgotando definitivamente todas as valorações da realidade fática e reduzindo, assim, o papel dos decretos e da interpretação administrativa, principalmente da interpretação aplicativa, como mecanismo de subsunção lógico-dedutiva (SEABRA DE GODOL, M: Questões atuais do Direito Tributário na jurisprudência do STF, São Paulo, Dialética, 2006, p. 18-23).

<sup>11</sup> STARCK, 1979, p. 389. Isso porque a aplicação do sistema tributário tem como corolário lógico a interpretação da norma a ser aplicada, reforçando, assim, a vigência efetiva do princípio da legalidade ao

obstante, os mecanismos de informação administrativa destacados pelas legislações tributárias mostram-se insuficientes, necessitando, portanto, de sistematização, pois as tarefas de aplicação transferidas para os obrigados tributários os tornam responsáveis por realizar complexas operações de qualificação e interpretação jurídica das normas que hão de aplicar<sup>12</sup>.

Surge, neste contexto, a necessidade de que os aplicadores do Direito (artigos 105 a 112 do CTN) – funcionários da Administração Tributária, obrigados tributários, e juízes e tribunais – conheçam também os critérios interpretativos e as normas de atuação da Administração, principalmente os critérios administrativos elaborados ou unificados por meio dos procedimentos jurídicos proporcionados pelo ordenamento jurídico.

De fato, as disposições interpretativas ou esclarecedoras limitam-se a diminuir o âmbito de liberdade de interpretação que possibilita o princípio da tipicidade aberta, isto é, o âmbito das interpretações possíveis a serem adotadas pelos órgãos competentes com respeito a cada caso concreto.

O que se depreende da análise conjunta da legislação e jurisprudência é que, na prática, a doutrina é mais resistente em aceitar uma tipicidade aberta, ou seja, a flexibilização do princípio da legalidade que fortaleça a interpretação administrativa geradora de critério ou jurisprudência administrativa. O STF vem configurando essa possibilidade, aproximando, assim, o significado do princípio da legalidade no Brasil com os países de tradição romano-germânica do continente europeu.

Na verdade, existe a possibilidade de interpretação aplicativa com efeitos gerais ou de interpretação aplicativa casuística em situações de fato concreto. No que concerne às limitações, não terão função *ius novum* ou integradora, mas, basicamente, as interpretações sistemática, valorativa e principialista. Nessa linha, por meio dos mesmos pressupostos de interpretação – sistemática, valorativa e principialista -, a jurisprudência forçará a Administração a respeitar o modelo normativo de unificação de critério e julgará a valoração principialista utilizada pela Administração Tributária.

---

possibilitar o efetivo controle judicial das competências interpretativas da Administração, garantia máxima do citado princípio (ZORNOZA PÉREZ, J. J. “Interpretación administrativa y consulta tributaria”, REDF, num. 47/48, 1985).

<sup>12</sup> ZORNOZA PÉREZ, 1984.

## 1.2. A unidade de ação organizacional dos entes públicos. A competência interpretativa e sua relação com o princípio da hierarquia

Potestade organizacional é o conjunto de faculdades de que dispõe cada Administração para configurar sua estrutura, portanto, sua capacidade de auto-organizar-se. Tem o propósito de alcançar a coerência de atuação do conjunto da Administração Pública e, conseqüentemente, maior eficácia administrativa. Nessa linha, as relações interorgânicas são norteadas pelo princípio da hierarquia, regra fundamental, porém, não exclusiva, de estruturação interna das organizações<sup>13</sup>.

As administrações serão criadas, estruturadas e reguladas em seu funcionamento em função do exercício de uma competência ou potestade<sup>14</sup> de organização ou organizacional, conceito genérico para fazer alusão, em sua acepção estrita, ao conjunto das manifestações efetivas da potestade normativa – constitucional, legislativa ou regulamentar -, exercida para criar, estruturar, modificar e extinguir organizações administrativas. Ressalte-se que entre os princípios organizacionais, o princípio da hierarquia é um dos fundamentais.

Quanto aos princípios, condições ou limites da competência organizacional, deve ser respeitado o artigo 37 da CRFB/88, segundo o qual a Administração obedecerá aos princípios e técnicas de organização – legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

De fato, trata-se de um sistema de estruturação escalonada, e geralmente piramidal, dos diversos órgãos, razão pela qual os de nível superior mandam nos de nível inferior, cujas atividades dirigem e controlam para reduzir à unidade e coordenar a atividade do conjunto com vistas a um determinado fim<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> SANTAMARÍA PASTOR, 2004, p. 490 et seq.

<sup>14</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA - MARTÍNEZ CARANDE - FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2005, p. 449 et seq., dispõem sobre o conceito técnico de potestade. Afirmam que, do princípio da legalidade, deduz-se que a lei atribui potestades à Administração, as quais se traduzem em faculdades de atuação, definindo cuidadosamente seus limites. Essa outorga de faculdades habilita a Administração para sua ação, ao conferir-lhe poderes jurídicos. Desse modo, toda ação administrativa apresenta-se como o exercício de um poder atribuído previamente pela Lei e por ela delimitado e construído. Segundo os autores, o gênero “poderes jurídicos” no sentido amplo abarca as espécies “potestade” e “direito subjetivo”. A potestade não é gerada em nenhuma relação jurídica nem em pactos, negócios jurídicos ou atos ou fatos singulares, mas procede diretamente do ordenamento. Não recai sobre nenhum objeto específico e determinado, mas tem uma natureza genérica e refere-se a um âmbito de atuação definido em grandes linhas ou direções genéricas. Portanto, não consiste em uma pretensão particular, mas na possibilidade abstrata de produzir efeitos jurídicos, como simples consequência do seu exercício. Definitivamente, não cabe à potestade nenhum dever, positivo ou negativo, mas uma simples sujeição ou submissão de outros sujeitos que suportam sobre sua esfera jurídica efeitos do exercício da potestade.

<sup>15</sup> PARADA VÁZQUEZ, 2005, p. 37 et seq. e p. 407.

Essas atividades são a nomeação e a disciplina, a fiscalização e a supervisão do funcionamento dos órgãos inferiores, a avocação, o poder de impulso e direção da atividade dos órgãos inferiores, a faculdade disciplinar, a faculdade de anular atos dos subalternos e, o que nos interessa especificamente, a direção por meio de ordens de serviço e instruções gerais e concretas para os fins de sua unidade de atuação.

São necessárias duas condições para que se possa falar de hierarquia: (i) a existência de uma pluralidade de órgãos com competência material coincidente e escalonados em diferentes níveis no âmbito da estrutura organizacional; e (ii) a garantia, graças a um conjunto de poderes, da prevalência da vontade do órgão superior sobre o inferior, o qual dirige e controla a atividade deste.

Não obstante, é preciso destacar que o princípio da hierarquia vem sofrendo um processo de deterioração em todas as administrações modernas, principalmente em função de sua difícil operacionalização quando se juridifica excessivamente a distribuição de competências entre os diferentes níveis da organização e se declara sua irrevogabilidade, caso em que o princípio da especialidade servirá como fundamento por meio dos critérios material, funcional e orgânico.

No Direito Administrativo, a autorizada opinião de GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>16</sup> é a de que, com relação aos funcionários, a vinculação decorre da subordinação hierárquica e não diretamente da disposição interpretativa ou esclarecedora. Não obstante, atualmente, a exigência de assegurar a imparcialidade da ação administrativa e a substancial necessidade de homogeneidade dos resultados parecem indicar que tal qualificador esteja autonomamente valorado, o que levaria a superar a solução tradicional que exige uma necessária união com o aspecto estrutural do princípio da hierarquia<sup>17</sup>.

Na verdade, à luz da legislação tributária, além do princípio da hierarquia, são os princípios da segurança jurídica e seus subprincípios - proteção da confiança, boa-fé, proibição da arbitrariedade, igualdade na aplicação da Lei, eficácia e coordenação administrativa e a unidade do ordenamento -, os quais se interrelacionam para fundamentar a unidade

---

<sup>16</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. MARTÍNEZ CARANDE, E. e FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.: Curso de Derecho Administrativo, 10.ª ed., Madri, Civitas, 2000, p. 393 et seq.

<sup>17</sup> DI PIETRO in AMATUCCI, 2001, p. 668. O principal argumento para a superação do princípio da hierarquia é que a ocorrência de mudanças estruturais da Administração poderia esvaziar o conteúdo desse princípio.

de critério, que irão embasar a interpretação aplicativa e a interpretação valorativa e principialista.

Finalmente, esse tema também guarda relação com a unidade de atuação, já que a competência organizacional que cabe aos órgãos de direção da Administração Tributária, Ministério da Fazenda e Secretaria da Receita Federal do Brasil, vincula aos órgãos de aplicação do sistema tributário.

### 1.3. A interpretação aplicativa da Administração Tributária

A Administração tem a faculdade de interpretação<sup>18</sup> jurídica, função autônoma de interpretação, “que, diante da dispersão e prolixidade da legislação tributária e sua crescente complexidade e tecnicismos, assumiu como sua a tarefa do seu esclarecimento, desenvolvendo uma interpretação útil para servir de fundamento a sua aplicação”<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> A interpretação é a atividade cognoscitiva cujo objeto é verificar o sentido das normas, constituindo-se em um momento necessário e prévio ao processo de sua aplicação. Ver sobre o tema: MARCHESSOU, PHILIPPE.: *L'Interpretation des textes fiscaux*, Paris, Economica, 1980, p. 62 et seq.; CARZOLA PIETRO, L. M.: “El artículo 23 de la LGT: cauce para una interpretación normativa en el Derecho Tributario”, *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma*, I, Madri, 1991; CALVO ORTEGA, R.: “La interpretación de las exenciones tributarias”, *HPE*, n. 13, 1972; LASARTE ÁLVAREZ, J.: “Significado usual versus significado técnico: un ejemplo de interpretación”, *CT*, n. 9, 1974; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: “La interpretación de las leyes tributarias”, *RDFHP*, n. 41, 1961; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: “La interpretación de las normas según la Ley General Tributaria”, *RDFHP*, n. 54, 1964; NAVAS VÁZQUEZ, R.: “Interpretación y calificación en el Derecho Tributario”, *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma*, libro homenaje al Prof. Dr. D. Fernando Sainz de Bujanda, vol. I, Madri, IEF, 1991; CHECA GONZÁLEZ, C.: “La interpretación de las normas tributarias”, *La reforma de la Ley General Tributaria*, Madri, Lex Nova, 1996; CASTÁN TOBENAS, J.: *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Madri, Instituto Editorial Reus, 1947; BETTI, E.: *Teoria generale della interpretazione* (edición correcta e ampliada a cura di Giuliano Grifò), Milão: Giuffrè, 1990; *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos* (trad. JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS), Madri, EDESA, 1975; PIETRO SANCHIS, L.: *Ideologia e interpretación jurídica*, Madri, Tecnos, 1987; RECASSENS SICHES, L.: *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, 3.ª ed., México, Porrúa, 1983; BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Metodología de la determinación del Derecho. Parte sistemática*, vol. II, Madri, Centro de Estudios Ramón Areces, 1996; INGROSSO, G.: *Diritto Finanziario*, Nápoles, Eugenio Jovene, 1956, p. 256 et seq.; AMATUCCI, A.: *L'interpretazione della norma di diritto finanziario*, Nápoles, Eugenio Jovene, 1965; VANONI, E.: *Naturaleza e interpretación de las Leyes Tributarias* (trad. JUAN MARTÍN QUERALT.), IEF, Madri, 1973; VILLAR PALASÍ, J. L.: *La interpretación y los apotegmas lógico-jurídicos*, Madri, Selecciones Gráficas, 1975; SAINZ MORENO, F.: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madri, Tecnos, 1976; TARELLO, G.: “L'interpretazione della legge”, *Tratatto di Diritto Civile e Comérciale*, vol. I, t. II, Cicu-Messineo, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1980; SIMÓN ACOSTA, E.: *El Derecho Financiero y la ciencia jurídica*, Bolonha, Publicaciones del Real Colegio de España, 1985; GONZALEZ GARCÍA, E.: “La interpretación de las normas tributarias por la Administración”, *RTT*, n. 29, 1995, p. 49 et seq.; VILLAR EZCURRA, M.: *Las disposiciones aclaratorias en el Derecho Público*, Barcelona, Cedecs, 1996.

<sup>19</sup> ZORNOZA PÉREZ, 1985.

De fato, trata-se de um esforço da Administração para centralizar a interpretação, assegurando, dessa forma, a aplicação uniforme das normas tributárias. Isso por ser natural que a Administração, ao desenvolver as competências próprias do Poder Executivo, realize uma constante aplicação do Direito. Portanto, convém formular procedimentos adequados para o controle do seu exercício<sup>20</sup>.

Trata-se de uma interpretação jurídica<sup>21</sup> destinada à aplicação do ordenamento<sup>22</sup>, pois interpretação e aplicação são duas atividades intimamente conexas<sup>23</sup>. Nessa linha, do conjunto de atividades destinadas à aplicação do Direito, a de interpretação é a operação jurídica básica<sup>24</sup>, o próprio núcleo do processo aplicativo da norma<sup>25</sup>. A solução escolhida é a que revelará o critério administrativo elaborado ou unificado<sup>26</sup>, isto é, uma interpretação administrativa<sup>27</sup>.

Nesse contexto, a Administração pode expedir circulares e instruções que, em geral, têm eficácia apenas no âmbito interno a fim de interpretar os termos de uma norma jurídica com vistas a sua melhor aplicação, sem criar vínculos jurídicos para os obrigados tributários, como também pode determinar condutas do pessoal hierarquicamente subordinado ao órgão que as pronuncia – normas de organização, coordenação e funcionamento -, que denominamos diretrizes de atuação ou conduta. A relevância dessa diferença é que apenas as primeiras podem ser consideradas interpretação

---

<sup>20</sup> VILLAVARDE GÓMEZ, 1947; BETTI, 1955; DE LOS MOZOS, 1975; SANCHIS, 1987; SICHES, 1983; GOYTISOLO, 1996; INGROSSO, 1956, p. 256 et seq.; BAQUER, 1961, p. 907 et seq.; AMATUCCI, 1965; VANONI, 1973; PALASÍ, 1975; MORENO, 1976; MARCHESSOU, 1980; TARELLO, 1980; ACOSTA, 1985; GONZALEZ GARCÍA, 1995, p. 49 et seq.; EZCURRA, 1996.

<sup>21</sup> BETTI, 1975, p. 95 et seq.; MORENO, 1976, p. 135.

<sup>22</sup> Alguns autores, em minoria, defendem a possibilidade de separar as funções de interpretação e aplicação do Direito. Nesse sentido, ver ALBINANA GARCÍA-QUINTANA, C.: “Los problemas de hecho en la aplicación de los impuestos”, Prólogo em ARIAS VELASCO e CABRAL LARRAURI, N.: Manual de Procedimientos Tributarios, 2.ª ed., Madri, Santillana, 1968, p. XIX.

<sup>23</sup> BETTI, 1976.

<sup>24</sup> LEGAZ Y LACAMBRA, 1979, p. 541; DÍEZ-PICAZO – GULLÓN, 1992, p. 175.

<sup>25</sup> MORENO, 1976, p. 173 et seq.

<sup>26</sup> MORENO, p. 3709; EZCURRA, 1996, p. 132.

<sup>27</sup> ZORNOZA PÉREZ, 1985, p. 481 et seq. Pressupõe, basicamente, a sujeição da interpretação realizada ao controle dos juízes e tribunais que, sob nenhuma hipótese, serão vinculados pelos critérios proporcionados pela Administração. Isso leva à questão da qualificação dessa interpretação, fruto da resposta à consulta, como interpretação autêntica, pois, para classificá-la como tal, seria necessário cumprir os requisitos que lhe são próprios. Nessa linha, ver VANONI, E.: *Naturaleza e interpretación de las Leyes Tributarias* (trad. JUAN MARTÍN QUERALT.), Madri, IEF, 1973, p. 356. O autor assinala que essa interpretação tem características de interpretação autorizada, mas não se pode atribuir-lhe a natureza vinculante da interpretação autêntica.

oficial<sup>28</sup>. Falamos de vinculação em sentido absoluto porque, em geral, a interpretação oficial terá os efeitos que o ordenamento jurídico lhe atribuir.

Antes de prosseguir é importante elaborarmos o conceito de “critério administrativo”, tarefa bastante complexa em face da pluralidade de órgãos que ditam critérios técnicos e jurídicos de atuação. Afirmamos que “critério administrativo é a conduta uniforme que segue a Administração na aplicação das normas jurídicas. Esse critério pode constar ou não do texto de qualquer tipo de documento (resoluções, instruções, circulares, programas de informática, etc.)”, mas exige uma certa reiteração de condutas administrativas. Aproxima-se do conceito de “jurisprudência administrativa”<sup>29</sup>, sem o qual não teríamos um ponto de partida.

Ainda que de difícil conceituação, é importante frisar que a Administração pode mudar de critério administrativo. Para isso terá que seguir os procedimentos jurídicos estabelecidos pelo ordenamento, tais como o dever de motivação (artigo artigo 50, inciso VII, da Lei nº 9.784, de 21 de janeiro de 1999), tendo em vista que, caso contrário, a conduta será arbitrária ou conteria um desvio de poder, gerando insegurança jurídica, vulneração do princípio da igualdade na aplicação da lei e a impossibilidade prática de realizar a tutela judicial efetiva.

## **2. O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO E MOTIVAÇÃO DOS ATOS TRIBUTÁRIOS**

### **2.1. Fundamentação material e fundamentação formal. Estrutura e função do dever de fundamentação formal**

Em linguagem comum, “fundamentação” pode ser entendida como uma exposição anunciadora das razões ou motivos de uma decisão ou, conforme o caso, como a recondução da decisão adotada a um parâmetro valorativo

---

<sup>28</sup> A interpretação oficial tem a relevância de proceder dos demais poderes do Estado, o Executivo e o Judiciário, colaborando com o Poder Legislativo, que se propõe a esclarecer, à luz da legislação, as dificuldades práticas que surjam em sua aplicação. O que a caracteriza é sua natureza autorizada, pois a Administração deve buscar a implementação da Lei, e não vinculativa em sentido absoluto, o que a distingue da interpretação autêntica. Assim, ver VANONI, E.: *Naturaleza e Interpretación de las Leyes Tributarias* (trad. JUAN MARTIN QUERALT.), Madrid, IEF, 1973.

<sup>29</sup> ZORNOZA PÉREZ, 1980, p. 253; segundo BOQUERA OLIVER, 1972, p. 131, precedente administrativo é “a atuação uniforme, material ou decisória dos órgãos administrativos”.

que a justifique. Na primeira acepção, destaca-se o aspecto formal da operação, associando-a à transparência da perspectiva decisória. Na segunda, ressalta-se a idoneidade substancial do ato praticado, integrando-o em um sistema de referência em que haja bases de legitimidade<sup>30</sup>.

O dever de motivação expressa obriga o órgão da Fazenda a indicar as razões de fato e de direito que o levaram a praticar tal ato, exteriorizando claramente o procedimento interno de formação da vontade decisória. O dever é cumprido sempre que exista uma declaração expressando um discurso que pretenda justificar a decisão, independentemente de ser essa ideia materialmente correta, convincente ou aceitável. Nesses termos, a fixação do critério jurídico-administrativo pela Administração Tributária será objeto, parte integrante do procedimento interno de formação da vontade decisória do órgão.

A atividade materialmente administrativa da Administração não se caracteriza apenas por sua condição de subordinação à Lei, mas por sua natureza jurídica, sujeita a uma racionalidade jurídica global. Falamos do princípio da juridicidade, que descreve com maior precisão a conexão da Administração com o Direito, com o sistema jurídico como um todo, do que o tradicional princípio da legalidade.

É a racionalidade jurídica, com base no princípio da juridicidade, também, um dos fundamentos da imposição e necessidade da unidade de critério na atividade da Administração Tributária, a qual se concretizará mediante o dever de fundamentação expressa dos atos tributários.

A exteriorização das razões do ato que elaborará ou unificará um critério administrativo através de interpretação concretiza-se por meio de momentos e aspectos diferentes. O discurso sobre sua fundamentação deve referir-se à indicação das normas aplicáveis, expor os fatos que demonstrem a efetiva existência da situação de interesse público prevista pelo legislador e revelar os interesses ponderados pelo agente na seleção do conteúdo, na medida em que este não se origine imediatamente da lei.

O problema da estrutura do dever formal de fundamentação é conhecer os meios ou modos pelos quais será cumprido o imperativo de exteriorizar as razões de fato e de direito de uma decisão administrativa.

---

<sup>30</sup> VIEIRA DE ANDRADE, 2003, p.11/14.

A fundamentação deve ser expressa e explícita, sem que seja suficiente que decorra implicitamente da atuação da Administração Tributária, já que deve ser entendida como demonstração da necessidade de legitimação jurídica do ato administrativo que irá elaborar ou unificar determinado critério administrativo mediante a interpretação administrativa<sup>31</sup>.

Destacam-se nessa afirmação as vantagens de racionalidade, transparência e controlabilidade que são incorporadas diretamente no funcionamento do sistema tributário e que representam uma garantia e um instrumento de efetivação de conformidade material da atividade da Administração Tributária com o Direito. De fato, a obrigatoriedade de fundamentação reveste uma dimensão material, à qual o dever formal serve de instrumento ou garantia no momento de os juízes e tribunais julgarem a conduta administrativa por meio de sua atividade de controle.

Partindo dessa dimensão material, justifica-se a construção de um dever formal autônomo. No entanto, não se pode esquecer que o dever de fundamentação expressa implica o dever de publicação dos fundamentos para os interessados, consequência lógica da estrutura e função do dever de fundamentação formal.

O dever de publicação dos fundamentos é diferente do dever de formulação ou concretização dos fundamentos, que tem lógica, função e regime jurídico específicos, o que nos permite afirmar que constitui uma condição formal do ato da Administração Tributária para a defesa da garantia dos obrigados tributários. Assim, a obrigatoriedade de fundamentação tem um núcleo básico, essencial, que corresponde ao dever de formulação contextual dos fundamentos e ao dever de publicação desses fundamentos, como corolário implícito.

Por isso, ainda que não houvesse disposição expressa a exigir o dever de fundamentação dos atos tributários na Constituição ou na Lei, essa obrigatoriedade proviria do conjunto de valores e princípios dos ordenamentos jurídicos com tradição romano-germânica, do *Civil Law*, como os princípios do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da juridicidade, da igualdade, da separação dos poderes e da tutela judicial efetiva<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Ibid, p. 24/27.

<sup>32</sup> Ibid, p. 43/49.

A harmonização desses valores e princípios, principalmente por sua natureza móvel e fluida, não tem resultados pontuais e previsíveis, pois o peso relativo de cada um deles será diferente, segundo as circunstâncias e problemas do caso concreto e do tipo de procedimento utilizado pela Administração Tributária, ou seja, do instrumento jurídico de elaboração e unificação de critério administrativo previsto na legislação. Portanto, a identificação do significado funcional do dever de fundamentação deverá ocorrer sempre no contexto de cada sistema jurídico, à luz do caso concreto, da legislação e do texto constitucional.

O aspecto essencial da obrigatoriedade de fundamentação expressa-se, então, mediante a exteriorização-formulação dos fundamentos, o que ocorre no momento lógico e temporal da efetivação do ato tributário mediante sua inserção no instrumento formal que o concretiza. Essa fundamentação é expressamente publicada para assegurar aos obrigados tributários os critérios administrativos que tenham sido objeto da interpretação jurídica realizada pela Administração Tributária, sendo, portanto, condição da validação do próprio ato tributário.

Conforme afirmamos, a obrigatoriedade de fundamentação dos atos tributários pode derivar diretamente da Constituição, de valores e princípios desse nível normativo - e, via de regra, é o que ocorre nos sistemas jurídicos em que se verifica a ausência de disposição expressa nesse sentido - ou diretamente da Lei. Nesse caso, os valores e princípios servirão para avaliar a conformidade de uma imposição legal com os requisitos constitucionais<sup>33</sup>.

Por conseguinte, a identificação do significado funcional do dever de fundamentação deve ser sempre realizada no contexto de cada sistema jurídico, configurando-se segundo um modelo específico que depende do fundamento constitucional ou legal que cada ordenamento jurídico propugne. À falta de qualquer preceito normativo expresso ou implícito, constitucional ou legal, parece adequado reconhecer que o primeiro interesse a que atende a obrigatoriedade da fundamentação é a correção jurídica ou a racionalidade da própria decisão administrativa.

Nesse contexto, a necessidade imperiosa de fundamentação reveste uma complexidade funcional, em que aparecem articuladas, em qualquer

---

<sup>33</sup> Ibid, p. 67/80.

sistema jurídico, três finalidades principais, quais sejam: (i) o melhoramento da qualidade e a legitimidade da decisão administrativa, resultado da ponderação mais cuidadosa dos interesses em jogo e de maior atenção para a racionalidade objetiva ou intersubjetiva na seleção da melhor solução para manter o interesse público no caso específico; (ii) o aperfeiçoamento dos mecanismos de controle da legitimidade das decisões administrativas pelos órgãos de revisão econômico-administrativa e pelos juizes e tribunais; e (iii) o fortalecimento da publicidade administrativa, principalmente nas dimensões informativa e participativa.

## **2.2. Regime da fundamentação e da motivação dos atos tributários. A natureza jurídica do dever de fundamentação e motivação**

A noção de “fundamentação” tem uma conotação mais abrangente ou genérica. O discurso fundamentado tanto pode referir-se à indicação das normas aplicáveis e à exposição dos fatos que demonstrem a existência da situação de interesse público prevista pelo legislador como, ademais, à revelação dos interesses ponderados pelo agente na seleção do conteúdo, na medida em que este não derive imediatamente da lei<sup>34</sup>.

Essa discriminação ocorre a partir da separação entre pressupostos ou justificativas e motivos ou causas, sendo irrelevante do ponto de vista material, pois o elemento fundamental de encadeamento das características da declaração da Administração Tributária é o conteúdo do ato tributário.

O ato tributário é espécie do gênero ato administrativo, afirmação referendada pela jurisprudência e pela doutrina quando se recorre à amplíssima definição do segundo conceito, no sentido de que ato administrativo é toda declaração realizada pela Administração no exercício de uma potestade administrativa diferente da regulamentar.

Cabe afirmar que a motivação se configura como um requisito constitucional à luz do artigo 93, inciso X, CF/88<sup>35</sup>. Não obstante, ainda que

---

<sup>34</sup> Ibid, p. 20.

<sup>35</sup> Artigo 93, inciso x, da CF/88 - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; Entede-se que este dispositivo deve ser interpretado de forma ampla a fim de alcançar todas as decisões administrativas e não apenas as dos tribunais.

não estivesse expressa no texto fundamental, seria possível deduzi-la de alguns de seus preceitos, em especial o artigo 5º, inciso LV<sup>36</sup>. Por conseguinte, são os princípios expressos e implícitos do ordenamento jurídico, tais como a sujeição dos poderes públicos à Constituição e ao restante do ordenamento jurídico, a proibição da arbitrariedade, a sujeição plena à lei, a igualdade, a segurança jurídica e a efetividade da prestação jurisdicional, que expressam e confirmam a natureza fundamental e primordial da motivação como elemento essencial dos atos administrativos e tributários<sup>37</sup>.

Tudo o que foi dito pretende deixar evidente as funções principais ou mais relevantes da motivação, entre as quais destacamos o controle jurisdicional da atuação administrativa, a defesa dos interessados, que são, em última *ratio*, os obrigados tributários, e a regularidade da atuação administrativa – eficácia e transparência.

O regime jurídico da motivação no âmbito tributário<sup>38</sup> não está bem regulado. O legislador não estabeleceu uma regulação global, tendo sido sua tarefa, simplesmente, indicar atos singulares que devem ser motivados. Há uma divergência terminológica a propósito dos conceitos de “motivo” e “motivação”, mas ficou estabelecida a orientação no sentido de que ambos se configuram como institutos autônomos.

Motivo (ou causa) é a situação de fato ou circunstância de fato mediante a qual é deflagrada a manifestação de vontade da Administração, a justificação do pronunciamento adotado, o que geralmente ocorre nos atos cuja resolução ou decisão seja precedida, no texto, dos fundamentos que levaram à prática do ato. A motivação exterioriza expressa e textualmente todas as situações de fato e de direito, fundamentos jurídicos que ensejaram ao agente a manifestação da vontade, a justificação do ato<sup>39</sup>.

Existe norma expressa que determina a obrigatoriedade da fundamentação dos atos e decisões administrativos. Nesse contexto, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, Lei Geral do Processo Administrativo

---

<sup>36</sup> “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

<sup>37</sup> MARTÍNEZ, 2004, p. 25 et seq.

<sup>38</sup> Ver SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A. “El deber de motivación en los procedimientos administrativos en materia tributaria (I) e (II)”, QF, n. 43, 1995, p. 9 et seq.; GIL CRUZ. La motivación de los actos tributarios, Pamplona, Aranzadi, 2003.

<sup>39</sup> Por todos, CINTRA, 1979, p. 110.

Federal, de aplicação subsidiária ao Direito Tributário, em seus artigos 2.º, VII<sup>40</sup>, e 50<sup>41</sup>, previu, no primeiro caso, o princípio de motivação expressa dos atos administrativos e, no segundo, embora pontualmente, os atos administrativos que necessitem de motivação expressa.

Com efeito, os atos que não constem expressamente devem ser fundamentados pelo conjunto de princípios constitucionais expressos e implícitos do ordenamento jurídico, principalmente o artigo 37<sup>42</sup>, *caput*, CRFB/88, que enuncia o princípio da moralidade administrativa<sup>43</sup>.

Disposto expressamente no texto constitucional, o dever de fundamentação caracteriza-se como um “direito fundamental à fundamentação”, análogo aos direitos, liberdades e garantias fundamentais. É a vertente processual dos direitos fundamentais materiais que implica reconhecer aos obrigados tributários, cujos direitos podem ser afetados por determinado procedimento administrativo, todos os direitos formais ou procedimentos necessários à efetiva defesa de tais direitos, entre os quais, naturalmente, o direito a conhecer os fundamentos dos atos administrativos que os afetem<sup>44</sup>.

### Não obstante, ainda que não seja considerado um direito fundamental

<sup>40</sup> VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

<sup>41</sup> Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1.º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2.º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3.º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

<sup>42</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998).

<sup>43</sup> MEIRELLES, 2000, p. 143; BANDEIRA DE MELLO, 2001, p. 359.

<sup>44</sup> O desenvolvimento dessa doutrina deriva do Direito alemão. por HABERLE, 1978, p. 58 et seq.

expresso dos obrigados tributários por não constar explicitamente do texto constitucional ou da legislação do sistema jurídico analisado, o imperativo de fundamentação expressa dos atos tributários contém um núcleo rígido - como norma de direito objetivo que torna efetivos os princípios do Estado Democrático de Direito e da Juridicidade - que impõe à Administração Tributária uma conduta racional e transparente.

Desempenha, assim, um papel de garantia funcional, com a pretensão de assegurar a racionalidade e a controlabilidade dos momentos característicos da atividade da Fazenda nos atos tributários em que os órgãos da Administração Tributária tomem decisões que possam provocar mudanças jurídicas<sup>45</sup>, como, por exemplo, elaborar ou unificar determinado critério administrativo decorrente de interpretação.

Conforme já destacamos, a legislação que regula a atividade da Administração Tributária e os tributos - aqui incluídos o processo e os procedimentos tributários - apresenta uma estrutura aberta, uma configuração normativa abstrata. Nesse contexto, a operação que realiza a Administração não pode ser considerada mera subsunção lógica, em termos de existir uma única solução legal, já constante da norma a ser seguida pelo aplicador do direito.

Fora do núcleo rígido do conceito, somente mediante um esforço de reconstrução do aplicador do direito será possível reconduzir a situação de fato ao caso normativo abstrato, possibilitando, desse modo, a valoração autônoma e complementar do agente para preencher a textura aberta da legislação, onde a interpretação aplicativa aparece como uma operação de natureza normativamente constitutiva. Daí a importância do dever de fundamentação dos atos pela Administração Tributária.

Consideramos<sup>46</sup>, por fim, que o dever de motivar os atos tributários atualmente representa a norma geral, não a exceção, em face do conjunto de valores e princípios constitucionais já citados, em especial a segurança jurídica, e que devem nortear a conduta da Administração Tributária no momento de interpretar e aplicar o sistema tributário.

---

<sup>45</sup> Ibid, p. 215.

<sup>46</sup> MARTÍNEZ, 2004, p. 143 -144.

### **3. DISTRIBUIÇÃO DAS COMPETÊNCIAS INTERPRETATIVAS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA**

#### **3.1. Constituição brasileira e estruturas normativas das competências interpretativas da Administração Tributária**

As “instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos” de competência dos Ministros de Estado, prevista no artigo 87, parágrafo único, inciso II da CRFB/88, situam-se no contexto da função aplicativa da Administração Tributária, principalmente, sua competência interpretativa. São instrumentos de unificação de critério administrativo por meio da interpretação administrativa. Estão mais intensamente correlacionados com os princípios da segurança jurídica e da igualdade na aplicação da lei, pois a aplicação unificada da lei exige que todos os órgãos da Administração incumbidos de aplicar a legislação tributária os interpretem uniformemente.

O artigo 84, incisos IV e VI<sup>47</sup> da CRFB/88, determina que a expedição de decretos e regulamentos para a fiel execução das leis é competência privativa e exclusiva do Presidente da República. Não obstante, haverá espaço para a expedição de decretos pelos Ministros de Estado, por competência delegada do Presidente da República, para dispor sobre a organização e funcionamento da Administração Pública Federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos ou extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

A competência delegada, por tratar-se de competência organizacional, até hoje não gerou controvérsia no âmbito tributário. A potestade regulamentar está bem definida no artigo 84, incisos IV e VI, competência do Presidente da República no primeiro inciso e competência organizacional delegada dos Ministros de Estado no segundo, enquanto a competência interpretativa dos Ministros de Estado, mediante instruções, está bem definida no artigo 87, parágrafo único, II, todos da CRFB/88.

---

<sup>47</sup> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...)

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; (...)

VI - dispor, mediante decreto, sobre: (redação dada pela Emenda Constitucional n.º 32, de 2001)

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (incluída pela Emenda Constitucional n.º 32, de 2001)

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (incluída pela Emenda Constitucional n.º 32, de 2001).

A interpretação constante das instruções normativas e dos atos declaratórios interpretativos expedidos pela RFB, com fundamento em competência delegada pelo Ministro da Fazenda na Portaria Ministerial n.º 125, de 4 de março de 2009, a qual aprovou o Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, não pode vir de encontro às interpretações constantes das Instruções expedidas pelo Ministro da Fazenda com fundamento no artigo 87, parágrafo único, inciso II da CRFB/88. No entanto, poderão ser implementadas matérias correspondentes à organização, coordenação e direção dos órgãos de aplicação com base no princípio da hierarquia.

Nesse sentido, ressaltamos as principais características da competência interpretativa do artigo 87, parágrafo único, da CRFB/88 e da competência delegada pelo Ministro da Fazenda ao Secretário da Receita Federal com base na Portaria Ministerial n.º 125/2009. Essa competência interpretativa tem alcance geral, e seus efeitos incidem exclusivamente no âmbito interno da Administração Tributária, sendo compulsória para todos os seus órgãos, embora possa ser invocada por particulares ou sujeitos passivos a seu favor. Realiza-se a pedido da própria Administração, sem que seja relevante o requerimento dos obrigados tributários. Pressupõe uma declaração abstrata sobre o alcance e o sentido da norma interpretada com respeito à pluralidade de suposições<sup>48</sup> e não poderão inovar no mundo jurídico.

### **3.2. Instruções normativas e atos declaratórios interpretativos da Secretaria da Receita Federal do Brasil, sua interação e os acordãos dos órgãos de julgamento do processo administrativo fiscal federal.**

A CRFB/88, em seu artigo 87, parágrafo único, inciso II, prescreve que compete aos Ministros de Estado “expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos”, e confere competência normativa limitada ao Poder Executivo. Essa possibilidade de configuração secundária destina-se à execução das leis, decretos e regulamentos, à consideração dos temas procedimentais e a que a própria instrução não cumpra o papel de regulamento, já que essa é tarefa exclusiva do Presidente da República<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> PÉREZ, 1985, p. 472.

<sup>49</sup> TÔRRES, 2005, p. 153-160.

Não obstante, é comum<sup>50</sup> que essa competência seja delegada pelo Ministro de Estado, mediante Portaria Ministerial, aos dirigentes máximos dos órgãos da Administração Pública, o que se efetiva pela edição de instruções normativas e atos declaratórios interpretativos por parte do Secretário da Receita Federal do Brasil (RFB) em matéria tributária.

Essa legislação, decorrente da delegação de competência, tem limites muito estreitos e rígidos em vista do princípio da legalidade. Terão, como as instruções dos Ministros de Estado, a função de procedimentalizar a execução das leis, decretos e regulamentos, em termos gerais e em casos concretos.

A condição para a sua utilização é a existência prévia de lei, decreto ou regulamento e portaria ministerial que autorize a sua edição e fixe os seus limites. Esses atos normativos têm a finalidade de viabilizar a aplicação das leis, decretos e regulamentos, ao destacar os pormenores e o procedimento para sua aplicação, típica procedimentalização do direito material.

Possibilitam a uniformização da conduta administrativa, que deriva do princípio da unidade de critério, na aplicação do sistema tributário. Têm por limite o *ius novum*, sem que possam criar ou limitar direitos, deveres ou obrigações tributárias derivadas da Lei e, por conseguinte, dos regulamentos e decretos.

A interpretação aplicativa genérica e a casuística sofrem as limitações do CTN, § 1º do artigo 144<sup>51</sup> e do artigo 146<sup>52</sup>, com os quais devem ser

<sup>50</sup> Por exemplo, “Instrução Normativa RFB n.º 740, de 2 de maio de 2007 DOU de 4.5.2007. Dispõe sobre o processo de consulta relativo à interpretação da legislação tributária e aduaneira e à classificação de mercadorias no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil. O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, no uso das atribuições previstas no art. 224 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF n.º 95, de 2 de maio de 2007, combinado com o disposto no art. 8º da Portaria MF n.º 275, de 15 de agosto de 2005, e tendo em vista o disposto nos arts. 46 a 53 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, nos arts. 48 a 50 da Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e no art. 25, inciso II e § 3.º, da Lei 11.457, de 16 de março de 2007, resolve:(...)”

<sup>51</sup> Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

§ 1.º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

§ 2.º O disposto neste artigo não se aplica aos impostos lançados por períodos certos de tempo, desde que a respectiva lei fixe expressamente a data em que o fato gerador se considera ocorrido.

<sup>52</sup> Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada,

compatíveis, principalmente com o artigo 97<sup>53</sup>, que expressa o princípio da legalidade tributária no CTN, derivado do artigo 150, I<sup>54</sup> da CRFB/88.

A análise sistemática dos artigos 96<sup>55</sup> e 100<sup>56</sup>, I do CTN permite afirmar que a expressão “legislação tributária” engloba as “normas complementares – atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas –”, já que outras normas jurídicas, além das leis e decretos, também podem versar sobre tributos e as relações jurídicas que lhe são pertinentes, aqui incluídas as instruções normativas e os atos declaratórios interpretativos. São espécies jurídicas de caráter secundário, cujo objetivo precípuo é complementar e explicitar a norma legal de caráter primário, de modo que sua validade e eficácia estejam estritamente vinculadas aos limites por ela impostos.

Como já expresseo, é a Portaria MF n.º 125/2009 que regulamenta as competências normativas e interpretativas da Administração Tributária Federal nas atuações e procedimentos de aplicação do sistema tributário. Ao analisar a legislação citada, verificamos que a RFB possui competências interpretativas expressas, que se incluem no campo da aplicação do sistema tributário, naturalmente, sem criar *ius novum*.

---

em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

<sup>53</sup> Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

I - a instituição de tributos, ou a sua extinção;

II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3.º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;

IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;

VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

§ 1.º Equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.

§ 2.º Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo.

<sup>54</sup> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

<sup>55</sup> Art. 96. A expressão “legislação tributária” compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

<sup>56</sup> Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos: I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

Essa delimitação expressa reforça o princípio da segurança jurídica, pois toda atividade administrativa sem limites claros e objetivamente definidos pode gerar arbitrariedades e desigualdades na aplicação da lei e fragmentar a unidade do ordenamento e a proteção da confiança e da boa-fé dos obrigados tributários.

Não obstante, há alguns casos concretos de instruções normativas e atos declaratórios interpretativos que extrapolaram a função de procedimentalização da aplicação das leis, regulamentos e decretos. Por exemplo, a IN n.º 243/2002, com o propósito de regulamentar a aplicação dos artigos 18 e 19 da Lei 9.430<sup>57</sup>, de 27 de dezembro de 1996,

<sup>57</sup> Art. 18. Os custos, despesas e encargos relativos a bens, serviços e direitos, constantes dos documentos de importação ou de aquisição, nas operações efetuadas com pessoa vinculada, somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o valor que não exceda ao preço determinado, observadas as condições previstas no presente dispositivo, por um dos seguintes métodos: I - Método dos Preços Independentes Comparados- PIC: definido como a média aritmética ponderada dos preços de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, apurados no mercado brasileiro ou de outros países, em operações de compra e venda, empreendidas pela própria interessada ou por terceiros com não vinculadas, em condições de pagamento semelhantes;

II - Método do Custo de Produção mais Lucro- CPL: definido como o custo médio ponderado de produção de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, no país onde tiverem sido originariamente produzidos, acrescido dos impostos e taxas cobrados pelo referido país na exportação e de margem de lucro de vinte por cento, calculada sobre o custo apurado;

III - Método do Preço de Venda menos Lucro - PVL: definido como a média aritmética ponderada dos preços de venda no País dos bens, direitos ou serviços importados e calculado conforme a metodologia a seguir:

a) preço líquido de venda: a média aritmética ponderada dos preços de venda do bem, direito ou serviço produzido, diminuídos dos descontos incondicionais concedidos, dos impostos e contribuições sobre as vendas e das comissões e corretagens pagas;

b) percentual de participação dos bens, direitos ou serviços importados no custo total do bem, direito ou serviço vendido: a relação percentual entre o custo médio ponderado do bem, direito ou serviço importado e o custo total médio ponderado do bem, direito ou serviço vendido, calculado em conformidade com a planilha de custos da empresa;

c) participação dos bens, direitos ou serviços importados no preço de venda do bem, direito ou serviço vendido: aplicação do percentual de participação do bem, direito ou serviço importado no custo total, apurada conforme a alínea “b”, sobre o preço líquido de venda calculado de acordo com a alínea “a”;

d) margem de lucro: a aplicação do percentual de trinta e cinco por cento sobre a participação do bem, direito ou serviço importado no preço de venda do bem, direito ou serviço vendido, calculado de acordo com a alínea “c”;

e) preço parâmetro: a diferença entre o valor da participação do bem, direito ou serviço importado no preço de venda do bem, direito ou serviço vendido, calculado conforme a alínea “c”, e a “margem de lucro”, calculada de acordo com a alínea “d”.

§ 1º As médias aritméticas ponderadas dos preços de que tratam os incisos I e III e o custo médio ponderado de produção de que trata o inciso II serão calculados considerando os preços praticados e os custos incorridos durante todo o período de apuração da base de cálculo do imposto de renda a que se referirem os custos, despesas ou encargos.

§ 2º O cálculo do preço parâmetro, conceituado na forma da alínea “e” do inciso III, pelo método a que se refere o inciso I, ambos do caput, quando efetuado pelo contribuinte, deverá atender, cumulativamente, aos seguintes requisitos:

I - estar embasado por operações de compra e venda praticadas, exclusivamente, por compradores e vendedores não vinculados;

II - que as operações utilizadas para fins de cálculo representem, ao menos, dez por cento do valor das operações de importação sujeitas ao controle de preços de transferência, empreendidas pelo contribuinte,

no período de apuração, quanto ao tipo de bem, direito ou serviço importado, na hipótese em que os dados utilizados para fins de cálculo digam respeito às suas próprias operações.

§ 3º Para efeito do disposto no inciso III, somente serão considerados, para fins de cálculo do preço parâmetro, os preços de venda obtidos pela pessoa jurídica importadora do bem, direito ou serviço, exclusivamente, em operações com não vinculadas, empreendidas no período de apuração.

§ 4º Na hipótese de utilização de mais de um método, pelo contribuinte, precedentemente ao início do procedimento fiscal, será considerado dedutível o maior valor apurado, observado o disposto no § 5º.

§ 5º Se os valores apurados segundo os métodos mencionados neste artigo forem superiores aos de aquisição, constante dos respectivos documentos, a dedutibilidade, para fins de determinação do lucro real, fica limitada ao montante deste último.

§ 6º Integram o custo de aquisição, para efeito de cálculo do preço médio ponderado a que se refere o inciso III do caput, o valor do transporte e do seguro até o estabelecimento do contribuinte, cujo ônus tenha sido do importador, e os impostos não recuperáveis incidentes nessas operações e demais gastos com o desembaraço aduaneiro.

§ 7º A parcela dos custos que exceder ao valor determinado em conformidade com este artigo deverá ser adicionada ao lucro líquido, para determinação do lucro real.

§ 8º A dedutibilidade dos encargos de depreciação ou amortização dos bens e direitos fica limitada, em cada período de apuração, ao montante calculado com base no preço determinado na forma deste artigo.

§ 9º O disposto neste artigo não se aplica aos casos de royalties e assistência técnica, científica, administrativa ou assemelhada, os quais permanecem subordinados às condições de dedutibilidade constantes da legislação vigente.

§ 10. Para efeito do disposto no inciso III, na hipótese de um mesmo bem importado ser revendido e aplicado na produção de um ou mais produtos, ou na hipótese de o bem importado ser submetido a diferentes processos produtivos, o preço parâmetro final será a média ponderada dos valores encontrados mediante a aplicação do método PVL, de acordo com suas respectivas destinações.

Art. 19. As receitas auferidas nas operações efetuadas com pessoa vinculada ficam sujeitas a arbitramento quando o preço médio de venda dos bens, serviços ou direitos, nas exportações efetuadas durante o respectivo período de apuração da base de cálculo do imposto de renda, for inferior a noventa por cento do preço médio praticado na venda dos mesmos bens, serviços ou direitos, no mercado brasileiro, durante o mesmo período, em condições de pagamento semelhantes.

§ 1º Caso a pessoa jurídica não efetue operações de venda no mercado interno, a determinação dos preços médios a que se refere o caput será efetuada com dados de outras empresas que pratiquem a venda de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, no mercado brasileiro.

§ 2º Para efeito de comparação, o preço de venda:

I - no mercado brasileiro, deverá ser considerado líquido dos descontos incondicionais concedidos, do imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços, do imposto sobre serviços e das contribuições para a seguridade social - COFINS e para o PIS/PASEP;

II - nas exportações, será tomado pelo valor depois de diminuído dos encargos de frete e seguro, cujo ônus tenha sido da empresa exportadora.

§ 3º Verificado que o preço de venda nas exportações é inferior ao limite de que trata este artigo, as receitas das vendas nas exportações serão determinadas tomando-se por base o valor apurado segundo um dos seguintes métodos:

I - Método do Preço de Venda nas Exportações - PVEx: definido como a média aritmética dos preços de venda nas exportações efetuadas pela própria empresa, para outros clientes, ou por outra exportadora nacional de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, durante o mesmo período de apuração da base de cálculo do imposto de renda e em condições de pagamento semelhantes;

II - Método do Preço de Venda por Atacado no País de Destino, Diminuído do Lucro - PVA: definido como a média aritmética dos preços de venda de bens, idênticos ou similares, praticados no mercado atacadista do país de destino, em condições de pagamento semelhantes, diminuídos dos tributos incluídos no preço, cobrados no referido país, e de margem de lucro de quinze por cento sobre o preço de venda no atacado;

III - Método do Preço de Venda a Varejo no País de Destino, Diminuído do Lucro - PVV: definido como a média aritmética dos preços de venda de bens, idênticos ou similares, praticados no mercado varejista do país de destino, em condições de pagamento semelhantes, diminuídos dos tributos incluídos no preço, cobrados no referido país, e de margem de lucro de trinta por cento sobre o preço de venda no varejo;

IV - Método do Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro - CAP: definido como a média aritmética dos custos de aquisição ou de produção dos bens, serviços ou direitos, exportados, acrescidos

## determinou, em seus artigos 8<sup>o</sup><sup>58</sup> e 13<sup>o</sup><sup>59</sup>, que as comparabilidades

dos impostos e contribuições cobrados no Brasil e de margem de lucro de quinze por cento sobre a soma dos custos mais impostos e contribuições.

§ 4º As médias aritméticas de que trata o parágrafo anterior serão calculadas em relação ao período de apuração da respectiva base de cálculo do imposto de renda da empresa brasileira.

§ 5º Na hipótese de utilização de mais de um método, será considerado o menor dos valores apurados, observado o disposto no parágrafo subsequente.

§ 6º Se o valor apurado segundo os métodos mencionados no § 3º for inferior aos preços de venda constantes dos documentos de exportação, prevalecerá o montante da receita reconhecida conforme os referidos documentos.

§ 7º A parcela das receitas, apurada segundo o disposto neste artigo, que exceder ao valor já apropriado na escrituração da empresa deverá ser adicionada ao lucro líquido, para determinação do lucro real, bem como ser computada na determinação do lucro presumido e do lucro arbitrado.

§ 8º Para efeito do disposto no § 3º, somente serão consideradas as operações de compra e venda praticadas entre compradores e vendedores não vinculados.

<sup>58</sup> Art. 8º A determinação do custo de bens, serviços e direitos, adquiridos no exterior, dedutível na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, poderá ser efetuada pelo método dos Preços Independentes Comparados (PIC), definido como a média aritmética ponderada dos preços de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, apurados no mercado brasileiro ou de outros países, em operações de compra e venda, em condições de pagamento semelhantes.

Parágrafo único. Por esse método, os preços dos bens, serviços ou direitos, adquiridos no exterior, de uma empresa vinculada, serão comparados com os preços de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares: I - vendidos pela mesma empresa exportadora, a pessoas jurídicas não vinculadas, residentes ou não-residentes; II - adquiridos pela mesma importadora, de pessoas jurídicas não vinculadas, residentes ou não-residentes; III - em operações de compra e venda praticadas entre outras pessoas jurídicas não vinculadas, residentes ou não-residentes.

<sup>59</sup> Art. 13. A determinação do custo de bens, serviços e direitos, adquiridos no exterior, dedutível na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, poderá, ainda, ser efetuada pelo método do Custo de Produção mais Lucro (CPL), definido como o custo médio de produção de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, no país onde tiverem sido originariamente produzidos, acrescido dos impostos e taxas cobrados pelo referido país na exportação, e de margem de lucro de vinte por cento, calculada sobre o custo apurado.

§ 1º Na apuração de preço por esse método serão considerados exclusivamente os custos a que se refere o § 4º, incorridos na produção do bem, serviço ou direito, excluídos quaisquer outros, ainda que se refira a margem de lucro de distribuidor atacadista.

§ 2º Os custos de produção deverão ser demonstrados discriminadamente, por componente, valores e respectivos fornecedores.

§ 3º Poderão ser utilizados dados da própria unidade fornecedora ou de unidades produtoras de outras empresas, localizadas no país de origem do bem, serviço ou direito.

§ 4º Para efeito de determinação do preço por esse método, poderão ser computados como integrantes do custo: I - o custo de aquisição das matérias-primas, dos produtos intermediários e dos materiais de embalagem utilizados na produção do bem, serviço ou direito;

II - o custo de quaisquer outros bens, serviços ou direitos aplicados ou consumidos na produção;

III - o custo do pessoal, aplicado na produção, inclusive de supervisão direta, manutenção e guarda das instalações de produção e os respectivos encargos sociais incorridos, exigidos ou admitidos pela legislação do país de origem;

IV - os custos de locação, manutenção e reparo e os encargos de depreciação, amortização ou exaustão dos bens, serviços ou direitos aplicados na produção;

V - os valores das quebras e perdas razoáveis, ocorridas no processo produtivo, admitidas pela legislação fiscal do país de origem do bem, serviço ou direito.

§ 5º Na determinação do custo do bem, serviço ou direito, adquirido pela empresa no Brasil, os custos referidos no § 4º, incorridos pela unidade produtora no exterior, serão considerados proporcionalmente às quantidades destinadas à empresa no Brasil.

§ 6º No caso de utilização de produto similar, para aferição do preço, o custo de produção deverá ser ajustado em função das diferenças entre o bem, serviço ou direito adquirido e o que estiver sendo utilizado como parâmetro.

§ 7º A margem de lucro a que se refere o caput será aplicada sobre os custos apurados antes da incidência

dos preços de transferência praticados fossem obtidos pela média aritmética ponderada, enquanto a citada lei estabelecia que fosse utilizada a média aritmética, sem nenhum fator de ponderação.

O Superior Tribunal de Justiça, STJ, já analisou o tema em diversas ocasiões. Sintetizamos os parâmetros jurídicos consolidados nos acórdãos com a finalidade de expressar o entendimento dessa corte que tem a missão constitucional de uniformizar a interpretação e a aplicação da legislação federal.

No REsp. n.º 724.779 (DJ de 20-11-2006), o Tribunal afirmou que, pelo princípio da legalidade tributária, os atos normativos infralegais devem complementar as leis tributárias, sem poder inovar no mundo jurídico, ditando normas que extrapolem esses limites, nem modificar, sob nenhuma hipótese, o texto das normas que complementam<sup>60</sup>.

Já a decisão proferida no REsp. n.º 665.880 (DJ de 13-03-2006) considerou a pretensão do obrigado tributário, ao reputar ilegal uma

---

dos impostos e taxas cobrados no país de origem, sobre o valor dos bens, serviços e direitos adquiridos pela empresa no Brasil.

<sup>60</sup> 1. A Instrução Normativa 90/92 não criou condição adicional para o desfrute do benefício previsto no art. 39, § 2.º, da Lei 8.383/91, extrapolando sua função regulamentar, mas tão somente explicitou a norma pela qual deve se dar à demonstração do direito de usufruir essa prerrogativa, vale dizer, criando o dever instrumental de consolidação dos balancetes mensais na declaração de ajuste anual.

2. Confronto entre a interpretação de dispositivo contido em lei ordinária - art. 39, § 2.º, da Lei 8.383/91 - e dispositivo contido em Instrução Normativa - art. 23, da IN 90/92 -, a fim de se verificar se este último estaria violando o princípio da legalidade, orientador do Direito Tributário, porquanto exorbitante de sua missão regulamentar, ao prever requisito inédito na Lei 8.383/91, ou, ao revés, apenas complementaria o teor do artigo legal, visando à correta aplicação da lei, em consonância com o art. 100, do CTN.

3. É de sabença que, realçado no campo tributário pelo art. 150, I, da Carta Magna, o princípio da legalidade consubstancia a necessidade de que a lei defina, de maneira absolutamente minudente, os tipos tributários. Esse princípio edificante do Direito Tributário engloba o da tipicidade cerrada, segundo o qual a lei escrita - em sentido formal e material - deve conter todos os elementos estruturais do tributo, quais sejam, a hipótese de incidência - critério material, espacial, temporal e pessoal -, e o respectivo consequente jurídico, consoante determinado pelo art. 97, do CTN.

4. A análise conjunta dos arts. 96 e 100, I, do Codex Tributário, permite depreender-se que a expressão “legislação tributária” encarta as normas complementares no sentido de que outras normas jurídicas também podem versar sobre tributos e relações jurídicas a esses pertinentes. Assim, consoante mencionado no art. 100, I, do CTN, integram a classe das normas complementares os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas - espécies jurídicas de caráter secundário - cujo objetivo precípua é a explicitação e complementação da norma legal de caráter primário, estando sua validade e eficácia estritamente vinculadas aos limites por ela impostos.

...

7. Deveras, o E. STJ, quer em relação ao SAT, IOF, CSSL etc., tem prestigiado as portarias e sua legalidade como integrantes do gênero legislação tributária, já que são atos normativos que se limitam a explicitar o conteúdo da lei ordinária.

8. Recurso especial provido.”

instrução normativa que impusera uma condição não prevista na Lei, ou seja, a violação do princípio da legalidade por *ius novum*<sup>61</sup>. Finalmente,

<sup>61</sup> “1. A Lei 8.981/95 impunha o regime de tributação com base no “lucro real” às pessoas jurídicas que se dedicavam à compra e à venda, ao loteamento, à incorporação ou à construção de imóveis e à execução de obras da construção civil (artigo 36, inciso IV).

2. O Decreto-Lei 1.598/77, ao tratar de venda contratada antes da conclusão de empreendimento imobiliário, facultava o cômputo, no custo do imóvel vendido, além dos custos pagos, incorridos ou contratados, os orçados para a conclusão das obras ou melhoramentos que o contribuinte estivesse contratualmente obrigado a realizar. 3. Ao contribuinte, exercente da aludida benesse legal, atribuiu-se o dever de manter, à disposição da fiscalização ou dos órgãos da Secretaria da Receita Federal, demonstração analítica, por empreendimento, dos valores computados como custo orçado de cada unidade vendida, bem como dos efeitos da atualização monetária e de alterações nas especificações do orçamento (Instrução Normativa SRF 84/79).

4. Com a edição da Lei 9.718/98, restaram desobrigadas do regime de apuração com base no lucro real, podendo optar pelo lucro presumido, as pessoas jurídicas dedicadas à compra e à venda, ao loteamento, à incorporação ou à construção de imóveis e à execução de obras da construção civil, como decorrência lógica do fato de não constarem do rol elencado no artigo 14, da citada norma legal.

5. Ocorre que a Instrução Normativa SRF 25/99 impôs-lhes condição não prevista no referido diploma legal, ao preceituar que as mencionadas pessoas jurídicas não poderiam optar pelo lucro presumido enquanto não concluídas as operações imobiliárias para as quais houvesse registro de custo orçado.

6. Faz-se mister ressaltar que, no ano-base de 1998, em se tratando de empresa construtora e incorporadora de imóvel, inexistia opção de regime de apuração do imposto de renda pelo lucro presumido, constituindo o lucro real a sistemática a ser, obrigatoriamente, adotada (Lei 8.981/95). Contudo, a obra, cujo custo orçado foi computado para apuração do lucro daquele ano, espalhou-se até o exercício financeiro seguinte, ano-base de 1999, quando aplicável a Lei 9.718/98 que permitia a opção do contribuinte pelo lucro presumido, forma de tributação simplificada que não obriga a manutenção de escrituração contábil regular (dispensa da escrituração do Livro Diário, exigindo-se apenas o Livro Caixa).

7. Destarte, a imposição de requisito para a opção pela sistemática do lucro presumido não pode ser inaugurada por Instrução Normativa, que, muito embora seja ato administrativo de caráter normativo, subordina-se ao ordenamento jurídico hierarquicamente superior, in casu, à lei e à Constituição Federal, não sendo admissível que o poder regulamentar extrapole seus limites, ensejando a edição dos chamados “regulamentos autônomos”, vedados em nosso ordenamento jurídico, a não ser pela exceção do art. 84, VI, da Constituição Federal.

8. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5.º, II, 37, caput, 84, IV), o que equivale a assentar que a Administração só pode atuar de acordo com o que a lei determina. Desta sorte, ao expedir um ato que tem por finalidade regulamentar a lei (decreto, regulamento, instrução, portaria, etc.), não pode a Administração inovar na ordem jurídica, impondo obrigações ou limitações a direitos de terceiros.

9. Consoante a melhor doutrina, “é livre de qualquer dúvida ou entredúvida que, entre nós, por força dos arts. 5, II, 84, IV, e 37 da Constituição, só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer. Vale dizer: restrição alguma à liberdade ou à propriedade pode ser imposta se não estiver previamente delineada, configurada e estabelecida em alguma lei, e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos.” (Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros Editores, 2002).

10. Aplicação analógica do entendimento a ser elaborado nos precedentes desta Corte: REsp 584798/PE, desta relatoria, Primeira Turma, DJ de 06.12.2004; REsp 491304/PR, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ de 18.08.2003; e REsp 443910/PR, desta relatoria, Primeira Turma, DJ de 19.12.2002, no sentido de que “admissível que o poder regulamentar extrapole seus limites, ensejando a edição dos chamados ‘regulamentos autônomos’, vedados em nosso ordenamento jurídico, a não ser pela exceção do art. 84, VI, da Constituição Federal”.

11. A ilegalidade da aludida instrução normativa afastar-se-ia caso a imposição por ela engendrada representasse tão somente o dever de registro, em escrituração contábil, dos valores referentes aos custos orçados até a conclusão do empreendimento, a fim de viabilizar o acompanhamento e controle de eventual lucro objeto da tributação diferida, não limitando o direito de utilização do regime do lucro presumido pelo

o entendimento firmado no REsp. n.º 617.733 (DJ de 24-08-2006) destaca outra perspectiva, ao expor que a instrução normativa também não pode restringir o texto legal ao subtrair direitos ou garantias assegurados pela lei tributária<sup>62</sup>.

Da jurisprudência concluímos que o limite, o requisito fundamental, condição *sine qua non* para que os dirigentes máximos dos órgãos da Administração Tributária – RFB - expeçam instrução normativa ou ato declaratório interpretativo é a não criação do *ius novum*, seja pela redução, seja pela ampliação indevida do texto da lei, tratado ou regulamento, tudo com fundamento no princípio da legalidade.

Essa competência limita-se a complementar as leis tributárias ou possibilitar a sua aplicação por meio da interpretação genérica ou casuística, sem poder inovar no mundo jurídico, ditando normas que extrapolem esses limites, nem modificar, sob hipótese alguma, o texto das normas, ampliando-o ou reduzindo-o.

É importante distinguir alguns conceitos. O primeiro deles é a interpretação da legislação tributária através dos procedimentos jurídicos do ordenamento, tais como as consultas tributárias e os acórdãos dos órgãos de julgamento administrativo.

O segundo conceito refere-se ao tema das ordens e instruções que têm a finalidade de dirigir, organizar e coordenar a atuação da Administração Tributária aplicativa, o que também levará à unidade de critério, não pela interpretação jurídica, mas pela unidade de conduta e atuação, pela homogeneidade da ação administrativa e pela elaboração de diretrizes de atuação administrativa.

Nesse contexto, as ordens e instruções puramente internas, ditadas com

---

contribuinte, que, na sua essência, representa a base de cálculo sujeita ao princípio da legalidade.

12. Recurso especial provido.”

<sup>62</sup>“1. O crédito presumido de IPI instituído pela Lei 9.363/96 teve por objetivo desonerar as exportações do valor do PIS/PASEP e da COFINS incidentes ao longo de toda a cadeia produtiva, independentemente de estar ou não o fornecedor direto do exportador sujeito ao pagamento dessas contribuições. Por isso mesmo, é ilegítima a limitação constante do art. 2.º, § 2.º da IN SRF 23/97, segundo o qual “o crédito presumido relativo a produtos oriundos da atividade rural, conforme definida no art. 2.º da Lei 8.023, de 12 de abril de 1990, utilizados como matéria-prima, produto intermediário ou embalagem, na produção de bens exportados, será calculado, exclusivamente, em relação às aquisições efetuadas de pessoas jurídicas sujeitas às contribuições PIS/PASEP e COFINS”. Precedente: RESP 586.392/RN, 2.ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 06.12.2004. 2. Recurso especial a que se nega provimento.”

base, fundamentalmente, no princípio da hierarquia e com a finalidade de organizar os serviços administrativos, procedentes da RFB, são diferentes dos atos do Ministro da Fazenda, com funções organizacionais, para assentar ou unificar a prática dos diferentes órgãos aplicativos com competência territorial<sup>63</sup>, sem que tais instruções ou ordens tenham natureza normativa, não constituindo, por conseguinte, fonte do Direito no sentido estrito.

Essa atividade organizacional da Administração efetivamente afeta os obrigados tributários, pois uma ação eficaz, coordenada e unívoca redundando positivamente em favor dos interesses gerais, o que, naturalmente, inclui os interesses dos contribuintes. Portanto, é inevitável considerar seus efeitos externos.

No que concerne ao objeto, a doutrina costuma classificar os atos normativos secundários – as disposições, ordens e instruções – em interpretativos ou redutores da discricionabilidade<sup>64</sup>. Levando em conta que os últimos terão reduzida aplicação no Direito Tributário, os atos interpretativos são os que terão amplas possibilidades de aplicação, em função da complexidade de seu objeto, isto é, a legislação tributária.

Mediante os atos interpretativos o superior seleciona uma interpretação dentre as diferentes possíveis, com a restrição de não criar novas obrigações ou direitos não previstos na legislação, ou seja, o *ius novum*. Portanto, não pode pairar dúvida quanto à pertinência desses atos ao sistema de fontes no sentido amplo, como competência privativa e exclusiva do Poder Executivo.

Essa afirmação baseia-se nos critérios largamente aceitos pela doutrina para caracterizar uma disposição como fonte do ordenamento jurídico. São a “inovação” e a “permanência”. As disposições, ordens e instruções inovam – e são juridicamente relevantes -, no sentido de que, pelo menos, eliminam outras interpretações possíveis, já que a certeza é um *quid novum* sob a perspectiva jurídica, que reduz o âmbito de aplicação da norma superior e resume-se por inovação por redução<sup>65</sup>.

No que concerne ao critério da permanência, é evidente que os tipos

---

<sup>63</sup> ROYO, 2002, p. 69 -70.

<sup>64</sup> SARRIÓN, 2002, p. 59 et seq.

<sup>65</sup> Ibid, p. 185 et seq..

citados permanecem e integram-se de forma duradoura no ordenamento jurídico, pois não só se aplicam a um caso concreto, mas à generalidade dos casos que devam ser interpretados, uniformizados e coordenados.

Definitivamente, a Administração contemporânea, por seu elevado grau de intervenção e pela tecnificação da atividade normativa, necessita ditar os atos normativos secundários. A falta de um regime adequado leva a Administração a atuar à margem da legalidade<sup>66</sup>. Destarte, embora o legislador não os tenha reconhecido expressamente como fonte do ordenamento jurídico, a Administração continua a utilizá-los sem que estejam dotados de um regime jurídico claro, tornando, assim, necessária a sistematização de seu regime jurídico.

Como já vimos, a doutrina aponta como um dos fundamentos da competência interpretativa a relação hierárquica, que enseja a controvérsia sobre se a atribuição dessa competência pode ser considerada implícita ou se requer habilitação legal, uma vez que incidiria sempre sobre os órgãos superiores da Administração, dispensando a atribuição explícita. Outra corrente da doutrina aponta a potestade de auto-organização como fundamento da competência interpretativa, já que a Administração dispõe de tal poder sem necessidade de qualquer atribuição legal, constitucional ou regulamentar<sup>67</sup>.

Apesar da relevância dos argumentos, ambos os fundamentos encerram uma vertente mais formal, processual ou adjetiva, enquanto a competência interpretativa reveste um conteúdo mais material, já que terá consequência direta na esfera jurídica dos obrigados tributários, sendo tais argumentos, portanto, insuficientes.

Cabe, por conseguinte, uma fundamentação mais ampla, que a configure como competência inerente à função executiva. Isso se deve a que as leis e demais normas do ordenamento jurídico hão de ser aplicadas, tarefa essencial do Poder Executivo, já que dentro dessa função executiva deve-se considerar incluída uma série de competências instrumentais, tais como as disposições, ordens e instruções, para lograr a consecução dos princípios jurídicos citados na primeira parte do trabalho, os quais se conjugam para fundamentar a atividade administrativa<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> SARRIÓN, 2002, p. 223 et seq.

<sup>67</sup> Ibid, p. 230 et seq.

<sup>68</sup> Ibid, p. 236 et seq.

O princípio da autonomia funcional baseia-se na tradicional separação de funções entre a aplicação dos tributos e o julgamento no processo administrativo fiscal. Representa a desvinculação dos órgãos de julgamento administrativo de segundo grau com respeito aos critérios e diretrizes emanados da RFB para conduzir a atividade dos órgãos responsáveis pela aplicação do sistema tributário. Significa, assim, que o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) fique fora do acatamento das disposições interpretativas ou esclarecedoras da RFB, pois não está organicamente a ela subordinado.

Com relação à estruturação normativa, a atividade de revisão administrativa do CARF somente está subordinada à Constituição, aos tratados, aos acordos internacionais e às leis e decretos, o que demonstra sua autonomia técnica e jurídica – funcional – com relação aos critérios administrativos derivados da interpretação realizada pelos órgãos de aplicação do sistema tributário, bem como em relação ao Ministro da Fazenda, pois somente ao Presidente da República compete editar decretos, em conformidade com o artigo 84, inciso IV, da CF, salvo a competência organizacional delegada aos Ministros de Estado de que trata o artigo 84, inciso VI da CRFB/88.

Corroborar esta afirmação a redação do inciso II do art. 25 do Decreto n.º 70.235/72<sup>69</sup>, ao expressar que compete ao CARF o julgamento do processo administrativo fiscal federal em segunda instância. A competência hierárquica do Ministro da Fazenda com base nos arts. 26 e 39<sup>70</sup> do referido decreto será abordada oportunamente.

### **3.4. A interação entre a interpretação que unifica critério administrativo**

<sup>69</sup> Art. 25. O julgamento do processo de exigência de tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal compete: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001) (Vide Decreto nº 2.562, de 1998) (Vide Medida Provisória nº 232, de 2004)

...

II – em segunda instância, ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, órgão colegiado, paritário, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, com atribuição de julgar recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância, bem como recursos de natureza especial. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

<sup>70</sup> Art. 26. Compete ao Ministro da Fazenda, em instância especial:

I - julgar recursos de decisões dos Conselhos de Contribuintes, interpostos pelos Procuradores Representantes da Fazenda junto aos mesmos Conselhos;

II - decidir sobre as propostas de aplicação de equidade apresentadas pelos Conselhos de Contribuintes.

Art. 39. Não cabe pedido de reconsideração de ato do Ministro da Fazenda que julgar ou decidir as matérias de sua competência.

## **por meio das consultas tributárias pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e a jurisprudência dos órgãos de julgamento do processo administrativo fiscal federal**

As “súmulas de jurisprudência”<sup>71</sup>, que são precedentes consolidados da jurisprudência administrativa, previstas no artigo 72 da Portaria MF n.º 256, de 22 de junho de 2009, a qual aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, com base no art. 37<sup>72</sup> do Decreto n.º 70.235/72, poderão ser vinculantes e *erga omnes* para toda a Administração Tributária Federal, na forma do art. 75 deste ato normativo.

Por isto, devem ser interpretadas em consonância com a Portaria Ministerial n.º 125, de 4 de março de 2009, a qual aprovou o Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, de tal forma que irá

---

<sup>71</sup> Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.

§ 1º Compete ao Pleno da CSRF a edição de enunciado de súmula quando se tratar de matéria que, por sua natureza, for submetida a duas ou mais turmas da CSRF.

§ 2º As turmas da CSRF poderão aprovar enunciado de súmula que trate de matéria concernente à sua atribuição.

§ 3º As súmulas serão aprovadas por 2/3 (dois terços) da totalidade dos conselheiros do respectivo colegiado.

§ 4º As súmulas aprovadas pelos Primeiro, Segundo e Terceiro Conselhos de Contribuintes são de adoção obrigatória pelos membros do CARF.

Art. 73. A proposta de súmula será de iniciativa de conselheiro do CARF, do Procurador-Geral da Fazenda Nacional ou do Secretário da Receita Federal do Brasil.

§ 1º A proposta de que trata o caput será dirigida ao Presidente do CARF, indicando o enunciado, devendo ser instruída com pelo menos 5 (cinco) decisões proferidas cada uma em reuniões diversas, em pelo menos 2 (dois) colegiados distintos.

§ 2º O Presidente do CARF encaminhará a proposta de súmula à Secretaria da Receita Federal do Brasil e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para conhecimento e manifestação.

§ 3º A súmula entrará em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União.

Art. 74. O enunciado de súmula poderá ser revisto ou cancelado por proposta do Presidente do CARF, do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, do Secretário da Receita Federal do Brasil, de Presidente de Confederação representativa de categoria econômica de nível nacional, habilitadas à indicação de conselheiros, ou de Presidente das centrais sindicais, esse último limitado às matérias relativas às contribuições previdenciárias de que trata o inciso IV do art. 3º.

§ 1º A proposta de que trata o caput será encaminhada por intermédio do Presidente do CARF.

§ 2º A revisão ou o cancelamento do enunciado observará, no que couber, o procedimento adotado para sua edição.

§ 3º A revogação de enunciado de súmula entrará em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União.

Art. 75. Por proposta do Presidente do CARF, do Secretário da Receita Federal do Brasil ou do Procurador-Geral da Fazenda Nacional ou de Presidente de Confederação representativa de categoria econômica de nível nacional, habilitadas à indicação de conselheiros, o Ministro de Estado da Fazenda poderá atribuir à súmula do CARF efeito vinculante em relação à administração tributária federal.

§ 1º A proposta de que trata o caput será encaminhada por intermédio do Presidente do CARF.

§ 2º A vinculação da administração tributária federal na forma do caput dar-se-á a partir da publicação do ato do Ministro de Estado da Fazenda no Diário Oficial da União.

<sup>72</sup> Art. 37. O julgamento no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais far-se-á conforme dispuser o regimento interno. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

exigir do órgão competente para a contestação das consultas tributárias - a Coordenação-Geral de Tributação, órgão central de interpretação da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) - um acompanhamento especial da jurisprudência elaborada pelo CARF no momento de responder às consultas e interpretar a legislação, reformulando seus critérios interpretativos no que for necessário para adaptá-los à jurisprudência administrativa deste órgão de julgamento.

A alternativa da RFB para mudar a jurisprudência administrativa elaborada pelo CARF será o Secretário da RFB propor a revisão ou anulação da “súmula de jurisprudência”, nos termos dos artigos 72 a 75 do Regimento Interno do CARF. Desta forma, para preservar, garantir e reforçar a segurança jurídica, a Administração Tributária precisará promover a atualização e coordenação da publicação das respostas às consultas e posteriores resoluções do CARF que forem contraditórias, de maneira que o efeito da unidade de critério seja efetivo para todos os obrigados tributários.

### **3.5. A competência interpretativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil e a mudança de critério administrativo**

Quanto à mudança de critério, a legislação não faz nenhuma referência aos possíveis efeitos de uma alteração de interpretação administrativa sobre uma resposta à consulta tributária. Essa questão é de muita transcendência na área tributária, pois afeta, principalmente, os atos declaratórios interpretativos e as instruções normativas, as consultas tributárias e as súmulas de jurisprudência do CARF. Questiona-se, em concreto, a possibilidade de os Atos Declaratórios Interpretativos e as Instruções Normativas privarem de eficácia as consultas tributárias.

A premissa é que a Administração Tributária pode mudar livremente de critério administrativo sem que para tanto seja necessária uma modificação legislativa prévia que habilite tal variação. Isso evita a submissão da Administração aos procedimentos de revisão para lograr a modificação do critério administrativo, o que impede a petrificação das interpretações administrativas<sup>73</sup>. O mais importante são os procedimentos jurídicos para

---

<sup>73</sup> GÓMEZ, 2002, p.234.

essa conduta, os quais não estão previstos expressamente na legislação. O risco é esse comportamento ser arbitrário, pois o legislador não os definiu.

VILLAVERDE GÓMEZ<sup>74</sup> afirma que seriam requisitos para sua admissão estabelecer alguns procedimentos restritos que habilitassem a mudança interpretativa e limitassem seus efeitos com relação ao futuro. A autora expressa que é preciso proteger a confiança legítima do contribuinte e respeitar os direitos adquiridos. Além disso, explica que, acima de tudo, seja claramente motivado.

Uma vez expedida uma Solução de Divergência pela Coordenação-Geral de Tributação, a interpretação administrativa será *erga omnes*. Para que seja *erga omnes* e vinculante, o Secretário da Receita Federal do Brasil há de emitir um ato declaratório interpretativo. Portanto, basta que ele expeça outro ato tributário do mesmo nível para que mude o critério anterior.

Por ser de cumprimento obrigatório por todos os órgãos da Administração Tributária, os problemas de vinculação com efeito *erga omnes* e de divulgação mediante publicação estarão solucionados. Além disso, seus efeitos terão que se limitar ao futuro para proteger a confiança legítima dos obrigados tributários e respeitar os direitos adquiridos e principalmente que sejam claramente motivados.

Citamos um exemplo. O artigo 11 da Lei 9.779, de 19 de janeiro de 1999, ao considerar o sistema não cumulativo do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), regulou a utilização dos créditos decorrentes das “compras de matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem”<sup>75</sup>. Com a finalidade de regular a apuração e utilização dos créditos do IPI, a RFB publicou a Instrução Normativa n.º 33/1999<sup>76</sup>.

### A Instrução Normativa definiu que os insumos utilizados na

<sup>74</sup> Idem, p. 235.

<sup>75</sup> “Art. 11. O saldo credor do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), acumulado em cada trimestre-calendário, decorrente da aquisição de matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem, aplicados na industrialização, inclusive de produto isento ou tributado à alíquota zero, que o contribuinte não puder compensar com o IPI devido na saída de outros produtos, poderá ser utilizado de conformidade com o disposto nos arts. 73 e 74 da Lei 9.430, de 1996, observadas normas expedidas pela Secretaria da Receita Federal (SRF), do Ministério da Fazenda.”

<sup>76</sup> “Art. 4.º O direito ao aproveitamento, nas condições estabelecidas no artigo 11 da Lei 9.779, de 1999, do saldo credor do IPI decorrente da aquisição de MP, PI e ME aplicados na industrialização de produtos, inclusive imunes, isentos ou tributados à alíquota zero, alcança, exclusivamente, os insumos recebidos no estabelecimento industrial ou equiparado a partir de 1.º de janeiro de 1999.”

industrialização podem gerar crédito do IPI, inclusive para a fabricação de produtos imunes, isentos e tributados à alíquota zero, interpretação que posteriormente a RFB reproduziu, quando emitiu a Solução à Consulta n.º 127/2003, ditada pela SRRF/6ª Região Fiscal<sup>77</sup>.

Não obstante, em 17 de abril de 2006 a RFB editou o Ato Declaratório Interpretativo n.º 05, que introduziu uma nova interpretação para os efeitos da IN SRF n.º 33/99, de modo que o artigo 2.º do referido ato administrativo vetou a utilização dos créditos que fossem utilizados em produtos finais, não tributados, excluídos do conceito de industrialização e imunes, salvo se a imunidade for resultado de exportação<sup>78</sup>.

Quanto à dinâmica procedimental de aplicação do sistema tributário, principalmente o aspecto da interpretação administrativa, verificamos a utilização, no caso concreto, de dois instrumentos jurídicos de unificação de critério: a instrução normativa e o ato declaratório interpretativo. Houve uma mudança de interpretação administrativa, sem que para tanto houvesse uma alteração normativa ou uma conduta administrativa anterior contrária a

<sup>77</sup> “É permitido o aproveitamento do saldo credor de IPI acumulado no final do trimestre-calendário para ressarcimento de IPI ou compensação com outros tributos administrados pela SRF, desde que atendidas as normas da legislação de regência, em especial a IN SRF n.º 33/1999, a IN SRF n.º 210/2002 e o ADI SRF n.º 15/2002. É vedado o aproveitamento de créditos de IPI referentes a aquisições de matérias-primas (MP), produtos intermediários (PI) e materiais de embalagem (ME), aplicados na industrialização de produtos não tributados (NT), salvo disposição legal em contrário. É permitido o aproveitamento de créditos de IPI referentes a aquisições de MP, PI e ME, recebidos a partir DE 1/01/1999 do estabelecimento industrial ou equiparado, e aplicados na industrialização de produtos imunes, isentos ou tributados à alíquota zero, mesmo quando o ISSQN também incida sobre a operação. É permitido o aproveitamento dos créditos de IPI referentes aos PI e ME, adquiridos de estabelecimentos contribuintes de IPI e aplicados na industrialização para terceiros de produtos imunes, mesmo quando as MP utilizadas forem fornecidas pelo adquirente desses produtos. DISPOSITIVOS LEGAIS: Lei 9.779/1999, art. 11; RIPI/ 2002, art. 164 c/c art. 195, art. 193, I, ‘a’; IN SRF n.º 33/1999, em especial o art. 4.º; IN SRF n.º 210/2002; IN SRF n.º 230/2002, art. 3.º, § 1.º, III e IV, e art. 15, I; ADI SRF n.º 15/2002. MARIA ELISA BRUZZI BOECHAT - Chefe - Substituto (Data da Decisão: 1.8.2003 DOU de 09.09.2003)”.

<sup>78</sup> “Art. 2.º O disposto no art. 11 da Lei 9.779, de 11 de janeiro de 1999, no art. 5.º do Decreto-Lei 491, de 5 de março de 1969, e no art. 4.º da Instrução Normativa SRF n.º 33, de 4 de março de 1999, não se aplica aos produtos:

I - com a anotação “NT” (não tributados, a exemplo dos produtos naturais ou em bruto) na Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (Tipi), aprovada pelo Decreto n.º 4.542, de 26 de dezembro de 2002;

II - amparados por imunidade;

III - excluídos do conceito de industrialização por força do disposto no art. 5.º do Decreto n.º 4.544, de 26 de dezembro de 2002 - Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados (RIPI).

Parágrafo único. Excetua-se do disposto no inciso II os produtos tributados na Tipi que estejam amparados pela imunidade em decorrência de exportação para o exterior.”

direito. Não obstante, houve uma modificação do entendimento pelo Supremo Tribunal Federal, que pode ter sido a razão dessa mudança de interpretação.

De fato, em 23 de março de 2006, o STF, nos RREE n.ºs 353.657 e 370.682 que discutiam os créditos do Imposto sobre Produto Industrializado (IPI) por empresa que compre matérias-primas favorecidas pela alíquota zero e insumos não tributados (isenção), em analogia com o objeto do ADI n.º 05/2006, decidiu, por maioria, a impossibilidade de a empresa deduzir esses créditos decorrentes da compra de matérias-primas favorecidas por alíquota zero e insumos com isenção.

Desse modo, a decisão do STF, embora por analogia, serviu de paradigma para afirmar que o ADI n.º 05/2006 se originou desse julgamento, pois não há outra razão jurídica ou de direito que o justifique. Quando ocorre uma mudança jurisprudencial, mesmo sendo indireta, é justificável a edição do ato administrativo. Então, consideramos válida a mudança de interpretação, já que deriva de um dos sentidos oferecidos pelo próprio texto legal.

Por força da interpretação principialista já referida nesse texto, especialmente no que concerne aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, podemos afirmar que essa nova interpretação administrativa só poderá afetar os fatos geradores posteriores a sua publicação, sem efeito retroativo, o que se aplica a todos os obrigados tributários que tenham seguido a interpretação administrativa anterior mais vantajosa.

#### **4. CONCLUSÃO**

A doutrina diverge sobre a existência ou não da tipicidade aberta no Direito Tributário brasileiro. Não obstante, sabemos que é utópico falar da supressão total ou definitiva da potestade interpretativa da Administração, principalmente da interpretação de natureza aplicativa do Direito Tributário, cada dia mais complexo e técnico. Nossa proposta é a redução, até onde for possível, embora sabendo que se isso chegar aos limites mais estritos poderá produzir um aluvião de leis perfeccionistas que superem a capacidade do Legislativo, paralisando, desse modo, a Administração e provocando grandes dificuldades na obediência do cidadão à lei.

Cumpra destacar que a atividade administrativa de interpretação com a finalidade de aplicar o Direito não se trata de discricionariedade, pois forma parte do processo ordinário de aplicação da norma jurídica. Nesse aspecto, não ocorre a pluralidade de nuances, a necessidade de avaliar a oportunidade de uma decisão ou outra, peculiaridades da atividade administrativa discricionária propriamente dita. Desenvolve-se a interpretação com o propósito de aplicar a norma jurídica, processo ordinário do Direito.

O que defendemos é que a competência de interpretação aplicativa da Administração Tributária, à luz dos instrumentos de unificação de critério administrativo presentes na legislação tributária e expressos e implícitos na constituição, o que inclui a consulta, seja objeto de controle administrativo e judicial sob a perspectiva dos valores e princípios constitucionais já citados, o princípio da segurança jurídica em especial, constituindo princípios de interpretação no momento de sindicarem os atos administrativos.

## **THE APPLICATIVE INTERPRETATION OF THE TAX LAW**

**ABSTRACT:** Within the assortment of activities to be developed by the Tax Administration, the paramount issues are those regarding the administrative interpretation related to tax enforcement proceedings, which open new perspectives in the assessment of the value that comprises the discharge of the Administration for the tax-legal relation, resultant of the proceduralization of the administrative activity. Once acknowledged the possibility of interpretation by the Tax Administration, the real necessity to regulate such administrative activity emerges as do the resources against its illegal exercise, in order to provide a better consonance of the interests of the Federal Revenue Office and the tax obligors, strengthening the legal procedures provided by the tax legislation. In virtue of having, as State administrative function, the role of interpreting or clarifying legal rules or organizing and coordinating the Tax Administration for internal purposes, in a general manner, the administrative dispositions will not bind the tax obligors, the tax administrative proceeding bodies nor the Judiciary Power. The administrative standards, whether elaborated or unified, and the possible performance of the Administration, that manage a highly complex and transmutative mass tax system are not sources of tax rules in strict sense nor rulings, but are of paramount importance in unveiling the administrative organization.

---

**KEYWORDS:** Interpretation. Tax Law. Distribution of Administrative Authority. Tax Administration. Secondary Rulemaking. Enforcement of Tax System. Administrative Case Law. Standard Unification. Administrative Standard.

---

# *PATENTES PIPELINE: UMA ANÁLISE SOBRE OS DISPOSITIVOS PERTINENTES DA LEI 9.279/96*

---

*Pedro Marcos Nunes Barbosa*

*Mestre em Direito Civil pela UERJ, Especialista em Propriedade Intelectual pela PUC-RIO, Coordenador da Pós-Graduação em Direito da Propriedade Intelectual da PUC-RIO, Professor de Direito Civil e de Propriedade Intelectual da Graduação e dos cursos de Pós-Graduação lato sensu da PUC-RIO, eleito Diretor Cultural do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) no biênio 2012 - 2014*

**RESUMO:** No presente artigo foi realizada análise jurisprudencial e doutrinária acerca do conturbado instituto *pipeline*, bem como sua inter-relação com o sistema constitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Patentes *pipeline*, inconstitucionalidade, conformação com o sistema patentário.

## **1. INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem como objeto uma perspectiva sistemática dos dispositivos que regulam as patentes *pipeline*, em especial, os dispositivos dos artigos 229, 230 e 231 da Lei da Propriedade Industrial.

Apesar de concebido para regular uma relação transitória, não se tem notícia de qualquer outro dispositivo da Lei 9.279/96 que tenha – até o presente momento – causado tamanha polêmica acadêmica e no âmbito do Poder Judiciário.

---

<sup>1</sup> O presente artigo mereceu revisão extensa e cuidadosa pelo acadêmico Rodrigo Requena, a quem consigno sinceros agradecimentos.

A escolha do tema, entretanto, traz consigo os limites da pertinência de uma abordagem crítica: há data fixada para o término dos objetos tecnológicos fincados na base legal e, tal como num final anunciado, é provável que o judiciário apenas amadureça o tema numa fúnebre hipótese de pacificação jurisprudencial *'post mortem'*.

Para tanto, enfocar-se-á na evolução pretoriana dos temas correlatos, e institutos estrangeiros, invocados pelos titulares de patentes no intuito de realizar hermenêutica favorável aos seus interesses (mesmo que contrários aos dos demais integrantes do pólo não proprietário do direito real: Estado, concorrência e sociedade).

Contudo, será apurada a verdadeira guinada dos precedentes no sentido de consolidar entendimento, no viés de uma exegese estrita<sup>2</sup>, dos dispositivos legais que regulam um instituto de natureza excepcional.

Posteriormente, tendo em vista as normas de remissão aplicáveis, para moderar a subsunção de preceitos internacionais na aplicação dos prazos das patentes *pipeline*, serão ventilados empecilhos à mera aplicação de uma correspondência unívoca dos instrumentos reguladores estrangeiros.

Em seguida, de forma sucinta, será comentado o dispositivo do artigo 229-C, extremamente polêmico, e ainda não objeto de jurisprudência, como um instrumento hábil a boa aplicação do princípio constitucional da isonomia.

Insta registrar que, ainda, por uma escolha metodológica e pela necessidade de se delimitar o tema, propositalmente, foram eleitos os tópicos mais polêmicos do instituto, sem a pretensão de esgotar o tema.

## **2. QUESTÕES CONCEITUAIS**

Nesse capítulo serão enfocadas algumas questões pontuais essenciais à desenvoltura do presente trabalho, em especial quanto à natureza jurídica do privilégio de invenção e sua vertente *pipeline*.

---

<sup>2</sup> “Para a concessão da patente pipeline, o princípio da novidade é mitigado, bem como não são examinados os requisitos usuais de patenteabilidade. Destarte, é um sistema de exceção, não previsto em tratados internacionais, que deve ser interpretado restritivamente, seja por contrapor ao sistema comum de patentes, seja por restringir a concorrência e a livre iniciativa”. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Min. Vasco Della Giustina, RESP 1145367, Julgado em 15.12.2009.

Conforme já tivemos a oportunidade de explanar (NUNES BARBOSA, 2010), nos termos da seara majoritária da doutrina e da jurisprudência, vislumbramos as patentes de invenção como uma espécie<sup>3</sup> do gênero propriedade<sup>4</sup>.

Neste diapasão, os juristas apontam:

*“Não existe, assim, uma única propriedade, não existe uma noção rígida, definida de propriedade. Isto significa que não é mais possível discorrer acerca da unidade do domínio; não é possível sustentar que a propriedade é conceito unitário, síntese de quaisquer poderes de gozo e disposição; que não há propriedade se não existem aqueles poderes; que se existem aqueles poderes, existe propriedade, que se falta um só daqueles poderes é de duvidar da existência do direito de propriedade. A verdade é que hoje não existe mais a unidade do domínio, em boa parte é conhecimento preciso – não só dos intérpretes mas também do legislador – que existe uma pluralidade de domínios” (CORTIANO, 2002, p.160).*

Dentro da visão predominante, um dos lastros de sua estrutura é o exercício observando a função social:

*“O direito de propriedade, que se assegura em toda sua plenitude, para que possa seu titular dispor da coisa livremente, fruindo-a a seu bel-prazer ou alienando quando lhe aprouver, sofre restrições advindas do respeito a direitos alheios ou fundados no próprio interesse coletivo, em face dos princípios jurídicos que transforma a propriedade numa função social” (TJERJ, 2ª Câmara Cível, Apelação Cível de nº 2001.001.14417, julgado em 27 de novembro de 2001).*

Portanto, o *“que caracteriza a patente como uma forma de uso social da propriedade é o fato de que é um direito limitado por sua função: ele existe enquanto socialmente útil”* (BARBOSA, 2003, p. 499).

Se há severas críticas a visão do privilégio de invenção como direito de propriedade, também há aqueles que consignam a inexistência de um modelo único do instituto, sendo o mesmo grande gênero de muitas espécies.

<sup>3</sup> “Jean Marc Mousseron compara a extensão do direito de patente à limitação de um terreno: “le droit de brevet est un droit de propriété (incorporelle) ayant pour objet les informations brevetables délimitées par les revendications tout comme le droit de propriété d’un terrain a pour objet ce terrain tel que délimité par les actes notariés et cadastraux « in PHILIPP. Fernando Eid. Patente de Invenção. Extensão de Proteção e Hipóteses de violação. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2006, p. 22.

<sup>4</sup> Vide Pontes de Miranda - Tratado de direito privado – parte especial. São Paulo: RT, 1983, Tomo XVI, 4ª edição, 2ª Tiragem, p. 193, e precedente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma Especializada, AI 2008.02.01.000078-7, Des. Messod Azulay Neto, publicado no DJ no dia 18.03.2008.

*“Nesse passo, os interesses da coletividade, dos não-proprietários, em vez de conflitarem externamente com os do proprietário, reproduzindo a lógica liberal dos direitos subjetivos, passam a integrar o perfil interno da propriedade e determinam, do ponto de vista estrutural, o surgimento de deveres positivos e negativos a cargo do proprietário, ao lado das tradicionais faculdade de gozar, fruir e dispor. Nessa esteira, surge, cada vez mais forte, dentro dessa perspectiva funcional, a tendência de estruturar o direito de propriedade, relativo a bens essenciais, não mais para excluir os não-proprietários de seu uso, mas para garantir-lhes o acesso” (RENTERIA e alii, 2006, p. 668).*

Reconhece-se, portanto, um novo enfoque desta gama de direitos, pois a

*“multiplicidade de propriedades não pode apenas ser encarada pelo ângulo objetivo, com base em características do bem apropriado (móvel, imóvel, urbano, produção), mas principalmente pelo viés subjetivo de quem exerce a titularidade. Esta é a melhor forma de repersonalização do direito de propriedade” (ROSENVALD e FARIAS, 2009, p.235).*

Tais interesses são maximizados quando temos uma patente cujo escopo engloba tecnologia que pode incidir sobre a vida humana, como ocorre no setor farmacêutico e agroquímico de que cuidam os dispositivos *pipeline*, não podendo nos olvidar que *“a balança deverá pender de modo mais acentuado para a tutela dos não proprietários nas questões que envolvam meio ambiente, saúde, e controle sobre investimentos industriais”* (ROSENVALD e FARIAS, 2009, p.235).

Assim, dentro do modelo constitucional de *propriedades*, a patente de invenção consolida alguns dos poderes *negativos* presentes na clássica espécie proprietária material, prevista no artigo 1.228 do Código Civil.

Tal como antecipa o artigo 42 da Lei 9.279/96, o legislador não concedeu nenhuma prerrogativa positiva da espécie proprietária, sendo, contudo, um ônus de seu titular sob a pena de gerar licença compulsória e, até, uma eventual caducidade do privilégio de invenção.

Em hermenêutica compatível com a função social das *propriedades*, deve-se exercer exegese do artigo 42 de forma a explicitar que, não havendo empecilhos legais, o uso *socialmente útil* do privilégio não é mera faculdade do titular.

Enquanto a espécie *patente de invenção* encontra seus requisitos de validade expressos no artigo 8º da LPI, à plenitude legal do privilégio *pipeline* ainda são somadas exigências adicionais assentadas no artigo 230, 231 e seus parágrafos.

Como não se desconhece, até 1996 (não abrangendo legislações antecedentes ao revogado Código da Propriedade Industrial, Lei 5.772/71), por razões de política pública, não se dava exclusividade – entre outras – às matérias farmacêuticas, alimentícias, químicas, e agroquímicas.

Entretanto, no paradigma do Acordo TRIPS (art. 27) que veio a harmonizar critérios internacionais no âmbito da propriedade intelectual, a Legislação Nacional veio a ser modificada para ampliar os objetos tecnológicos submetidos à exclusividade legal.

Conforme atestou a doutrina mais conservadora sobre o tema,

*“Em resumo, este artigo [230 da LPI] concedeu aos titulares de patentes e pedidos de patentes estrangeiros relativos a invenções cuja patenteabilidade era proibida pela legislação brasileira anterior (...) o direito de ainda obter proteção no Brasil mesmo que tais matérias já tivessem sido divulgadas e, portanto, não mais atendessem ao requisito de novidade” (IDS, 2005, p. 466).*

Factualmente, indo muito além do que o Acordo TRIPS (art. 70.1, *“Este Acordo não gera obrigações relativas a atos ocorridos antes de sua data de aplicação para o respectivo Membro”*) determinou, em prática cristalinamente contrária ao interesse público primário (que demanda pela manutenção do domínio público, vide, *mutatis mutandi*, o art. 183, §3º, da CRFB), divergindo da cláusula finalística constitucional (art. 5º, XXIX, cujo sufixo é *“tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”*), e em franco benefício aos titulares estrangeiros<sup>5</sup>, o Legislador criou uma aberração jurídica.

Na prática, o instituto retirou a análise *ex officio*, praticada pela autarquia federal em âmbito administrativo, com relação aos requisitos do artigo 8º da LPI, ao permitir a revalidação de privilégio inventivo proveniente de outro país.

Não se pode, entretanto, afirmar que a característica de mera

---

<sup>5</sup> Estima-se que mais de noventa por cento dos depósitos de pedidos *pipeline* tenham sido derivados de titulares estrangeiros.

revalidação de uma correspondente alienígena, sem análise de mérito no INPI com relação às exigências de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial, *garantirá ao privilégio de invenção pipeline* uma imunidade não conferida à categoria tradicional da espécie proprietária.

É plenamente possível o posterior controle dos requisitos legais, não averiguados na seara administrativa-concessória, no âmbito do judiciário (art. 5º, XXXIV e XXXV) ou mediante o processo administrativo em sede de procedimento de nulidade do ato<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Nesse sentido os precedentes têm sido uníssomos: “CONCESSÃO, DA PRESENÇA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 8º DA LPI. INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL. COMPROVADA A AUSÊNCIA DE ATIVIDADE INVENTIVA, ANULA-SE A PATENTE Pipeline A PARTIR DA DATA DO PARECER TÉCNICO DO INPI EM TAL SENTIDO.(...) Possibilita-se, desta forma, e, com base nos princípios da isonomia e da inafstabilidade do controle judicial (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88), a verificação, posteriormente ao momento da concessão, da existência dos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. Além disso, já que se trata de título não examinado antes pelo INPI em seus requisitos essenciais, não opera a seu favor a presunção da validade. II- Devidamente comprovada, nos autos, a ausência de atividade inventiva, no tocante à patente PI 1101055-0, nos termos da conclusão adotada pelo Parecer Técnico do INPI, no sentido de que o objeto da patente questionada já estaria integrando o estado da técnica, ao serem consideradas as patentes anteriores US 4.129.564 e DE 30.22.337, que, em conjunto, antecipariam a matéria objeto da patente anulanda, mostrando que esta não apresenta atividade inventiva, o que foi corroborado pelos demais pareceres anexados aos autos pela parte autora, há que se anular a patente em questão, a partir da data do citado Parecer Técnico”. (grifos nossos) Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Turma Especializada, JC. Marcia Helena Nunes, AC 2004.51.01.525105-9, J 14.10.2008. “Ocorre que a patente em questão, por ser do tipo pipeline, nunca teve os requisitos de patenteabilidade analisados pelo INPI, inexistindo nos autos qualquer tipo de prova que ateste a novidade inarredável, ou tampouco as análises, pesquisas e investimentos realizados na tentativa de demonstrar que o segundo uso se caracteriza em uma nova invenção, como afirmado na peça inicial. De sorte, não havendo nos autos prova de novidade da patente, e estando diante de patente de segundo uso referente a fármacos que, utilizados primeiramente para uma determinada doença, passam a ser empregados para combater outra enfermidade, aliado ao fato de que os requisitos do bem nunca foram objeto de análise, pelo INPI, não há como confirmar a sentença sob pena de concessão de monopólio sem os devidos requisitos legais”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma Especializada, Des. Messod Azulay, AC 2005.51.01.500427-9, J 25.05.2010. “Ora, dispensando o exame das condições de patenteabilidade, aceitando-se integralmente o exame realizado por outro país, e verificando que posteriormente concluiu-se pela ausência dos requisitos internacionalmente aceitos para o deferimento de um privilégio, como consecutário lógico teremos a nulidade da patente de revalidação aqui concedida, eis que baseada em falsa premissa de possibilidade de patenteamento” (g.n) Seção Judiciária Federal do Rio de Janeiro, 37ª Vara Federal, J. Marcia Maria Nunes de Barros, AO 2004.51.01.490252-0, Julgado em 13.10.2006. “PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. ATO DA ADMINISTRAÇÃO. INDEPENDÊNCIA DAS PATENTES. (...) Ademais, é imperioso destacar que a anulação de patente pode ser efetuada pelo INPI inclusive no âmbito administrativo, nos moldes dos artigos 50 a 55 da Lei de Propriedade Industrial e de acordo com o poder de autotutela administrativa. E, se a lei faculta à autarquia, na seara administrativa, proceder à revisão das patentes já conferidas nas hipóteses legalmente previstas, não há como entender ser descabida a sua participação na esfera judicial, onde tal escopo é buscado sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, através da condução imparcial do Judiciário. - O INPI, para realizar o registro da patente, afere a respeito da presença dos requisitos da novidade, atividade inventiva e aplicação industrial, conforme decorre, inclusive, do disposto no artigo 8º da Lei 9.279/96. Apesar de ser um direito patrimonial e disponível, o relativo à exploração de uma patente, eventual nulidade a inquirar o registro, atinge a esfera jurídica do INPI, dado que esta autarquia detém a incumbência de não só realizar o registro, mas também de declarar a sua nulidade, quando não presentes os requisitos exigidos pela lei. A patente originária concedida no Continente Europeu foi declarada nula, sendo que tal circunstância afeta o

Tal raciocínio corrobora com a ponderação constitucional aplicável, mesmo porque seria ilógico que um privilégio de invenção que gozasse de um procedimento mais célere, simples, e prático ao titular, fosse uma *super* exclusiva, fora do âmbito da legalidade estrita<sup>7</sup>.

Por sinal, ao contrário do que ocorre com as patentes de invenção que tramitam pelo longo, burocrático, mais seguro, e tradicional trâmite administrativo, não há que se falar em presunção de validade dos requisitos do artigo 8º da Lei 9.279/96, pelo fato de não ter havido exame pela autoridade competente no Brasil.

Com relação à patente de revalidação, ante a ausência de prévia análise pelo INPI, caberá a seu titular, na hipótese do ajuizamento de uma ação de nulidade, comprovar o preenchimento de tais requisitos, nos termos da legislação processual (art. 333, I, do CPC).

A presunção *juris tantum* de validade do ato administrativo na hipótese *pipeline*, portanto, fica circunscrita aos requisitos procedimentais específicos<sup>8</sup> exercidos pela autarquia federal.

Com relação a tais exigências, podemos subdividi-las por suas características: a) temporais; b) formais de sua correspondente a ser revalidada; c) procedimentais; e d) subjetivas quanto à titularidade do depositante, e ao direito adquirido de terceiros.

registro concedido no Brasil, dado que aqui foi realizado sob o regime da pipeline, previsto nos artigos 229 e 230 da Lei de Propriedade Industrial. É que, nos termos do art. 229, parágrafo 3o, da Lei de Propriedade Industrial, comprovada a concessão da patente no país onde foi depositado o primeiro pedido, será concedida a patente no Brasil, tal como concedida no país de origem, o que implica dizer que se anulada no exterior, tal circunstância compromete o privilégio reconhecido em território nacional, daí porque não há que se falar em independência das patentes. Essa interpretação é coadunante inclusive com a natureza da patente em tela, dado que não se está diante de qualquer produto industrial, mas de medicamento farmacêutico, privilégio industrial que deve ser apreciado atendendo à sua vinculação às políticas de saúde pública e, mediatemente, à própria manutenção da dignidade da pessoa humana, daí porque os dispositivos legais que regem a matéria devem ser interpretados nos exatos termos em que estabelecidos, e não de forma extensiva<sup>7</sup>. (Grifos nossos) Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 5ª Turma, Des. Suzana Camargo, Ag.Rg. em MCI nº 2006.03.00.0499870, julgado em 25 de setembro de 2006.

<sup>7</sup> Há entretanto precedente – sem profundidade técnica – em sentido diametralmente contrário ao exposto: “Dessa forma, se para a concessão de patente Pipeline não há previsão legal no sentido de se aferir a sua novidade e atividade inventiva, com muito mais razão não cabe discussão a esse respeito após ser a mesma devidamente concedida” Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Turma Especializada, JC. Aluisio Mendes, AI 2010.02.01.004879-1, DJ 18.05.2010.

<sup>8</sup> “A revalidação, é claro, pressupõe o preenchimento de requisitos e condições próprias, não exigidas para as demais patentes, tais a não circulação da invenção, até a data do pedido, em qualquer mercado e a garantia do interesse de terceiros (art. 230, caput, da LPI), sendo, ademais, prescindível a verificação da sua novidade (art. 8º da LPI)”. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, RESP 1092139, DJ em 04.11.2010.

Quanto ao critério temporal, as patentes *pipeline* só puderam ser depositadas entre a data seguinte à publicação da Lei (art. 230§1º, e 231, §1º, ambos da LPI), dia 15.05.1996, e, exatamente, um ano depois<sup>9</sup>.

Não há, portanto, que se falar num prolongamento de depósitos após o lapso temporal estipulado em Lei, o que implica em dizer que, quaisquer patentes de revalidação devem expirar, no máximo, em 16 de maio de 2017 (vide. Art. 230, §4º, da LPI).

Atinentes às exigências formais do privilégio alienígena a ser revalidado, a Legislação outorga o dever do requerente em comprovar a data do primeiro depósito alhures (art. 230, §1º, e §3º), bem como a necessidade de anexar ao procedimento concessório cópia de expedição da patente originária<sup>10</sup>.

Registre-se, ainda, a necessidade que o objeto tecnológico não tivesse sido introduzido no mercado<sup>11</sup>, até a data de depósito no Brasil.

#### Com relação aos requisitos procedimentais, a legislação basicamente

---

<sup>9</sup> “Pipeline”- PRAZO. I - CONSIDERA-SE ANO O PERÍODO DE DOZE MESES CONTADOS DO DIA DO INÍCIO AO DIA E MÊS CORRESPONDENTES DO ANO SEGUINTE (ART. 1º DA LEI Nº 810/49). II - COMPUTAR-SE-ÃO OS PRAZOS EXCLUINDO-SE O DIA DO COMEÇO E INCLUINDO O DO VENCIMENTO. III - AGRAVO PROVIDO”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma, Des. Castro Aguiar, AI 97.02.39494-5, DJ 06.04.1999. “ATO DA DIRETORA DE PATENTES – RECUSA EM RECEBER DEPÓSITO DE PEDIDO DE PATENTE– ALEGAÇÃO DE EXPIRAÇÃO DO PRAZO PARA ESSE TIPO DE DEPÓSITO (LEI Nº 9.279/93) – NÃO DISTINÇÃO DE ANO CIVIL E ADMINISTRATIVO - APLICAÇÃO DA LEI 810/49 I – Em termos de contagem de prazos a regra básica é a do Código Civil que determina que se computem os prazos excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento. Todavia, se este cair no sábado ou em dia de feriado, considera-se prorrogado o prazo até o seguinte dia útil. II – Não há que se falar em prazo administrativo, como se existisse tal, com contagem diversa da regra geral, pois o conceito de ano é fixado pela Lei 810/49, não se justificando estabelecer distinção entre ano civil e ano administrativo, que a Lei não consagrou. III - Apelação e reexame necessário a que se nega provimento”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 3ª Turma, Des. Wanderlei Monteiro, AMS 98.02.05689-8, DJ 24.06.2003.

<sup>10</sup> “A própria apelante reconhece que os pedidos de patente estrangeiros – apontados como base para os pedidos pipeline - ainda não foram concedidos, razão pela qual não há direito líquido e certo à anulação dos atos administrativos praticados pela Diretoria de Patentes do INPI. Não é razoável exigir que o INPI prolongue indefinidamente o término do procedimento administrativo por conta de evento futuro e incerto, tendo em vista que não há garantias de que os pedidos efetuados no exterior serão deferidos” Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma Especializada, Des. Liliane Roriz, AMS 2006.51.01.537849-4, Julgado em 04.06.2008.

<sup>11</sup> “O recurso do INPI sustenta ter havido a revelação prévia do objeto da patente, com negociação, remuneração, comercialização e colocação no mercado, infringindo o estatuído no artigo 230, da Lei nº 9.279/96. Por maioria, a Turma, examinando o contrato, a partir da fatura, afasta a tese autoral de se tratar de contrato limitado a testes, a partir do deslocamento pela Autora do objeto da patente para outra empresa, a PIONEER, possuindo o contrato cláusulas que evidenciam o intuito de comercialização, demonstrando a revelação prévia do objeto da patente e a colocação no mercado, ainda que restrito, dentro de um segmento especializado no ramo, infringindo a vedação expressa contida no “caput” do artigo 230, da LPI. Regra excepcional de concessão de patente a ser interpretada restritivamente” Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Turma Especializada, JC. Márcia Helena Nunes, AC 1999.51.01024273-3, Julgado em 18.08.2009.

impõe o dever de abandonar eventual procedimento concessório de idêntico teor (Art. 231, §4º, da LPI), o exercício da faculdade jurídica na realização do depósito *pipeline* e, por derradeiro, o pagamento das retribuições e emolumentos pertinentes.

No tocante às disposições normativas peculiares às características subjetivas, o Legislador impõe dever implícito do requerente no Brasil ser o mesmo que o titular do privilégio inventivo alhures.

Ou seja, para o exercício do direito de revalidação não caberia a um licenciado exercer tal pretensão personalíssima, mas, somente, *a posteriori*, fazer uso de sua prerrogativa perante a exclusiva concedida. No entanto, insta ressaltar que não se está aqui a afirmar a impossibilidade de cessão do direito, ou da expectativa do direito durante o procedimento, mas apenas a exigência Legal de correspondência formal na data de protocolo.

O derradeiro critério normativo com relação ao elemento subjetivo corresponde ao direito adquirido de terceiros, que já tiverem realizado sérios investimentos (preparativos, ou factuais) para a exploração da tecnologia no Brasil (vide art. 231, da LPI).

Vale dizer, a norma contém apenas um parâmetro de razoabilidade, qual seja a de – apesar de revogar o domínio público da tecnologia – não prejudicar, excessiva, especial, e majoritariamente, o concorrente que já estava na iminência de usar do objeto – então – não privilegiável.

Uma vez apurados os requisitos específicos à concessão da patente *pipeline*, insta destacar tratar-se de verdadeira inovação legislativa brasileira<sup>12</sup>, que merece cautelosa interpretação sob pena de possibilitar

---

<sup>12</sup> Da qual, no exterior, apenas se tem notícia de instituto paradigma no México. Se tem notícia de algumas ações judiciais em que causídicos alegam haver na história nacional dispositivo semelhante com relação ao Alvará de 1809, em especial, no seu inciso IV: “Sendo muito conveniente que os inventores e introdutores de alguma nova máquina e invenção nas artes gozem do privilégio exclusivo, além do direito que possam ter ao favor pecuniário, que sou servido estabelecer em benefício da indústria e das artes, ordeno que todas as pessoas que estiverem neste caso apresentem o plano de seu novo invento à Real Junta do Comércio; e que esta, reconhecendo-lhe a verdade e fundamento dele, lhes conceda o privilégio exclusivo por quatorze anos, ficando obrigadas a fabricá-lo depois, para que, no fim desse prazo, toda a Nação goze do fruto dessa invenção. Ordeno, outrossim, que se faça uma exata revisão dos que se acham atualmente concedidos, fazendo-se público na forma acima determinada e revogando-se todas as que por falsa alegação ou sem bem fundadas razões obtiveram semelhantes concessões”; bem como no Artigo 1º, “4”, da Convenção União de Paris: Entre as patentes de invenção compreendem-se as diversas espécies de patentes industriais admitidas nas legislações dos países da União, tais como patentes de importação, patentes de aperfeiçoamento, patentes e certificados de adição, etc”. Contudo, o Alvará de 1809 e a CUP cuidam de institutos similares, sem que

ampliações indevidas na aplicação de instituto excepcional, contrariamente ao interesse público primário.

Para encerrar um conceito de privilégio de invenção, na modalidade *pipeline*, pode-se referi-lo como *exclusiva proprietária especial, prevista em capítulo das disposições transitórias da Lei 9.279/96 que, subtraindo a análise ex officio praticada pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (em sede administrativa<sup>13</sup>), com relação aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial, concede convalidação de título patentário derivado do exterior, em nítida exceção ao princípio da independência das patentes [vide art. 4, bis, 1, da CUP] quanto aos elementos posteriores<sup>14</sup> ao depósito do pedido no estrangeiro, delimitada temporal e procedimentalmente.*

Desde já ressalve-se que qualquer nulidade que possa atingir o privilégio inventivo originário d'alhures, existente até a data do depósito do pedido correspondente no Brasil, inquinará, indubitavelmente, a correspondente propriedade patentária brasileira (efeito vinculado e ex tunc). No entanto, uma causa de extinção – ou limitação – do direito alhures (lei posterior que extingue a propriedade, o não pagamento das retribuição anual, desapropriação, licenciamento compulsório, etc.) não tem o condão de afetar o depósito – agora autônomo após a concessão – no Brasil.

Por sua vez, ultrapassadas as premissas metodológicas conceituais, insta consignar a enorme discussão acerca da constitucionalidade dos dispositivos que regulam a matéria *pipeline*.

### **3. Das (in)constitucionalidades**

Como um catalisador da atividade econômica tecnológica, à patente,

---

haja unívoca correspondência dos requisitos e da pertinência histórica.

<sup>13</sup> “Legítimo exercício da auto-tutela pelo INPI, ao proceder à revisão da concessão anterior da patente [pipeline], pelo processo administrativo de nulidade” Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Turma Especializada, JC. Márcia Helena Nunes, AC 1999.51.01024273-3, Julgado em 18.08.2009.

<sup>14</sup> “Ainda mais na presente hipótese onde a patente norte-americana foi extinta não por ter sido constatada alguma irregularidade por ocasião de sua concessão, mas, tão-somente, pelo fato da empresa agravada não haver efetuado o pagamento de anuidades. Ora, a falta de interesse em manter o registro da patente no exterior não pode significar que a empresa agravada também não tenha interesse em manter o referido registro no Brasil” Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Turma Especializada, JC. Aluisio Mendes, AI 2010.02.01.004879-1, DJ 18.05.2010.

tal como um contrato<sup>15</sup>, exige-se a comutatividade: novidade<sup>16</sup> para se ter privilégio e atingir o desenvolvimento de que trata o artigo 5º, XXIX, da CFRB.

A maior violação das patentes *pipeline* vem de sua concepção, pela inobservância do exigido sinalagma constitucional, pois o domínio público já havia operado para o teor tecnológico apropriado, não satisfazendo o titular qualquer exercício favorável à sociedade – posteriormente à situação pública consolidada.

Pior. Além de óbice ao acesso do consumidor, o desequilíbrio da *pipeline* arrebatada, indevidamente, a livre concorrência de que trata o artigo 170 da Carta Magna.

Portanto, ao contrário do que o sistema almeja ao tutelar as patentes regulares, o sistema *pipeline* serviu de desestímulo à atividade econômica uma vez que nenhuma novidade fora divulgada, mas tão somente *requentada*.

Há na doutrina conservadora certo ranço interpretativo na visão da patente como geradora de puro, e simples, direito subjetivo a seu titular.

*“O vício metodológico está na crença de que um interesse tutelado pelo ordenamento seja finalizado a si mesmo. Numa realidade na qual à atribuição de direitos se acompanham deveres e obrigações, as situações favoráveis não podem ser consideradas isoladamente” (PERLINGIERI, 2007, p. 120).*

Como bem observado pela jurisprudência,

*“se lembrarmos que em relação aos inventos, o domínio público é a regra e a proteção, exceção, sempre condicionada a inúmeros fatores e por prazo sempre limitado” (TRF2, 2ª Turma Especializada, Des. André Fontes, AC 20055101534005-6, DJ 11.12.2007).*

A regra do domínio público, na forma do artigo 100 do Código Civil, se coaduna com o *animus* constitucional de difusão tecnológica, e, uma vez

---

<sup>15</sup> “As situações reais não se reduzem ao exclusivo dever genérico de abstenção por parte de terceiros; elas, especialmente aquelas limitadas de gozo, caracterizam-se pela presença de obrigações específicas integrativas. Não existe, portanto, uma precisa separação entre situações creditórias e reais: freqüentemente situações obrigacionais integram-se com interesses mais amplos e constituem situações complexas” in PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Editora Renovar; Rio de Janeiro, 2007, p. 204.

<sup>16</sup> “No sentido do Direito Comercial, a invenção, como criação de coisa nova, constitui-se em propriedade do inventor, mediante concessão de patente, que o torna exclusivo no direito de explorá-la comercialmente” in SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 1987, 1ª Edição, Vol 1, p.514.

operado, não é “*possível reverter tal circunstância decadencial, que não se suspende, interrompe nem se prorrogá*” (TRF2, 2ª Turma Especializada, Des. Liliâne Roriz, AC 20035101512296-6, DJ 03.09.2007).

Tal como o nascimento de uma criança, não é possível devolver a prole ao útero materno, ou “privatizar” aquilo que já é do domínio comum.

O instituto *pipeline* tem sido, incidentalmente, reconhecido como inconstitucional pela jurisdição ordinária. De maneira propedêutica, ressalte-se alguns precedentes monocráticos que corroboram com o pleito da Procuradoria Geral da República na ADIN 4234, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal:

*“A Constituição da República estabelece que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” (art. 5º, XXXVI). Logo, qualquer que seja a mudança de política relativa à propriedade intelectual em território nacional, deverá haver respeito ao preceito citado, que é cláusula pétrea no texto constitucional. A não patenteabilidade de uma série de inventos, como mencionado anteriormente, fez com que, em território brasileiro, essas invenções estivessem em domínio público. Não assombra essa situação, se lembrarmos que em relação aos inventos, o domínio público é a regra e a proteção, exceção, sempre condicionada a inúmeros fatores e por prazo sempre limitado. Por conseguinte, aquilo que não é patenteável, e passa a sê-lo, em razão de tratado internacional que adentra o ordenamento nacional com força de lei ordinária (STF, RE 80.004, DJ 19-05-1978), só encontrará proteção que não se choque com o direito adquirido anteriormente consolidado. Os inventos estavam em domínio público, eram res communis omnium, podendo ser por todos utilizados sem o pagamento respectivo. Assim, o art. 230 do Código de Propriedade Industrial, ao retirar direitos dos nacionais, criando monopólio de uso onde havia domínio público, viola direito adquirido, e incide inconstitucionalmente”. (Grifos nossos) Tribunal Regional Federal, 2ª Turma Especializada, Rel. Des. André Fontes, Apelação em Mandado de Segurança de nº 2003.51.01540754-7, julgado em 26.09.2006.*

*“Por conseguinte, mesmo que a argumentação anterior não fosse suficiente, havendo por parte de particular a comprovação de que celebrou qualquer contrato que preveja a utilização do invento, e que seja anterior à revalidação, fará jus à proteção reconhecida pelo STF na ADIn 493, do que se desrecomenda, também por essa razão, a revalidação de patentes estrangeiras. De toda sorte, continuo*

**sustentando que o argumento mais decisivo é a aquisição patrimonial do invento pela coletividade, como res communis omnium”** (g.n). Tribunal Regional Federal, 2ª Turma Especializada, Rel. Des. André Fontes, Apelação em Mandado de Segurança de nº 1998.51.01.004937-0, julgado em 26.09.2006.

**“Ao prever em seu artigo 230 a possibilidade da revalidação condicionada de patente estrangeira no Brasil (pipeline), a Lei n.º 9.279-96 atentou contra o princípio insculpido no inciso XXXVI do artigo 5.º da Constituição, já que uma série de inventos que, sob a égide da legislação revogada, encontravam-se em domínio público passaram a ser objeto de proteção intelectual, fato que representa violação ao direito adquirido dos nacionais anteriormente consolidado** (g.n). Tribunal Regional Federal, 2ª Turma Especializada, Rel. Des. André Fontes, Apelação Cível de nº 2005.51.01.519019-1, DJ 11.12.2007.

**“No que se refere à inconstitucionalidade da patente de revalidação condicionada (denominada, na versão anglófona, “pipeline”), é notório que, em diversos julgamentos da Segunda Turma Especializada deste Tribunal, este relator manifestou o entendimento de que, ao prever em seu artigo 230 a possibilidade da revalidação de patente estrangeira no Brasil, a Lei n.º 9.279-96 atentou contra o princípio previsto no inciso XXXVI do artigo 5.º da Constituição da República. Justifica-se essa assertiva pelo fato de que uma série de inventos que, sob a égide da legislação revogada, encontravam-se, desde sempre, em domínio público (res communis omnium), foram atribuídos a particulares, como se fosse possível, mesmo ao legislador ordinário, fazer da coisa pública bem privado, sem autorização constitucional e sem contrapartida.”** (g.n) Tribunal Regional Federal, 2ª Turma Especializada, Rel. Des. André Fontes, Agravo de nº 2008.02.01.015342-7, DJ 21.10.2008.

**“Dessa feita, suscito a inconstitucionalidade do artigo 230 da Lei n.º 9.279-96, tendo em vista que, ao prever a possibilidade da revalidação de patente estrangeira no Brasil (pipeline), esse dispositivo legal atentou contra o princípio insculpido no inciso XXXVI do artigo 5.º da Constituição, pois uma série de inventos que, sob a égide da legislação revogada, encontravam-se em domínio público passaram a ser objeto de proteção intelectual, fato que representa violação ao direito adquirido dos nacionais anteriormente consolidado”** (g.n) Tribunal Regional Federal, 2ª Turma Especializada, Rel. Des. André Fontes, Apelação Cível de nº 2006.51.01500038-2, DJ 02.07.2008. Ainda nesse sentido, destacamos da mesma relatoria e Tribunal, AC 2007.51.01.803321-4, DJ 28.04.2009.

Um argumento interessante, mas ainda não devidamente explorado pela maioria dos precedentes seria o da inconstitucionalidade formal do dispositivo proveniente de Lei Ordinária, pois

***“Não tem o Poder Legislativo competência para editar leis que atribuam patentes para o que já se encontra no estado da técnica e no domínio público como res communis omnium.”*** (g.n) TRF2, 2ª Turma Especializada, Des. André Fontes, Remessa ex-officio em Mandado de Segurança 2001.02.01.030421-6, publicado no DJ em 10.05.2007.

Numa breve análise de precedente relevante de dispositivo paradigma, a Corte Constitucional argentina percebeu e declarou o instituto do pipeline incompatível com TRIPs e com a necessária demonstração de novidade:

***“a revalidação de patentes estrangeiras é uma instituição estranha ao funcionamento global da prioridade no sistema, que infringe seus princípios.”*** (Grifos nossos).

Ademais, retornando às incompatibilidades do instituto frente à Lei Maior nacional, a principal norma constitucional violada pelos artigos 230 e 231 da Lei 9.279/96, é aquela prevista no artigo 5º, XXIX, da CFRB, que clama pela existência de novidade nas invenções.

***“A novidade é a essência da protectibilidade da solução técnica. Protege-se o invento através da exclusiva porque o meio ou produto excluído da concorrência é novo – e na verdade nunca foi posto no domínio público. A restrição à concorrência imposta pela exclusiva, havendo novidade, atende ao balanceamento dos interesses constitucionais”*** (BARBOSA, 2003).

Como já julgou o Supremo Tribunal Federal, no que cuida de privilégios de invenção, ***“a verificação do caráter de novidade que emerge, como elemento indispensável”*** (RE 108.817-6/SP, Min. Octavio Galloti, DJ 05.12.1986), pois

***“não pode ser concedida sem o requisito da novidade do invento. Nulidade da patente porque, ao tempo do registro, já era do domínio***

---

<sup>17</sup> Tradução livre de “No se trata de admitir la coexistencia de una legislación nacional que brinda al inventor una protección simplemente más amplia que los estándares previstos en los tratados internacionales; la revalidación de patentes extranjeras es una institución extraña al funcionamiento global de la prioridad en el sistema, que infringe SUS principios”, disponível em <http://www.csjn.gov.ar>. Corte Suprema de Justicia de La Nación, U.19, XXXIV, 24.10.2000, FAL, Unilever x Instituto Nacional de La Propriedad Industrial.

*público ou comum, e, portanto, insuscetível de constituir privilégio” (RE 58.535/SP, Min. Evandro Lins e Silva, DJ 12.04.1967).*

Definido está, pois, que o sistema constitucional ao estabelecer a concessão das patentes exigiu a demonstração em todos os casos da inovação e da atividade inventiva, padecendo de absoluta inconstitucionalidade os artigos 230 e 231 da Lei 9.279/96.

Não obstante, sendo o domínio público uma condição irreversível, ao expropriar, sem qualquer indenização, o direito adquirido da concorrência e dos consumidores de acessar a tecnologia inserta nos privilégios de invenção que não encontravam guarida na legislação nacional, o instituto *pipeline* novamente viola os preceitos constitucionais.

O próprio verbete de súmula número 652 do STF consolida como perfeitamente constitucional a desapropriação por utilidade pública, na forma do artigo 15, §1º, do Decreto-Lei 3365/41, desde que cumprida a indenização prévia.

No caso *pipeline*, a concorrência se viu despida do seu direito de acesso, reprodução e desenvolvimento da tecnologia em *res communis omnium* sem qualquer indenização, prévia ou póstuma, em nítida violação à Carta Magna e à súmula referida.

Por sua vez, no viés do consumidor, extirpada a concorrência com o advento das patentes *pipeline* os titulares majoraram sem justa causa o preço dos produtos, em cristalina violação ao artigo 39, X, da Lei 8.078/90, de matiz constitucional, aviltando, também o artigo 5º, XXXII.

No aspecto puramente concorrencial, saliente-se que

*“As empresas esperam anos para poder explorar o objeto patenteado, certas de que, na referida data, poderiam começar a fabricar o medicamento genérico em questão. É certo, portanto, que a extensão de referido privilégio trará grande prejuízo, não só às empresas fabricantes, como, também, aos consumidores, já que a introdução dos genéricos ampliou de modo significativo o acesso da população a toda sorte de medicamentos” Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Turma AI 2006.02.01.013280-4, JC. Aluisio Mendes, decisão unânime, DJ 28.02.2008.*

Factualmente, a concessão de privilégio de invenção não violará o preceito do artigo 170 quando na ponderação dos princípios houver um

balanceamento adequado, cuja efetividade determina como imprescindível um acréscimo ao estado da arte.

No estabelecimento do regime capitalista baseado na livre concorrência, os privilégios de índole *pipeline* expurgaram um dos fundamentos basilares da ordem econômica sem qualquer retribuição, contraprestação, suficientes à constituição do equilíbrio constitucional.

Em avilte completo ao princípio da proporcionalidade o poder legiferante editou as normas – ora impugnadas – da Lei de Propriedade Industrial, pois houve por bem fazer os interesses dos donos de patente prevalecer sobre a concorrência, estado e sociedade, sem o equilíbrio trazido pela novidade.

*“Ora, o princípio da proporcionalidade – e esta é talvez a primeira de suas virtudes enquanto princípio que limita as limitações aos direitos fundamentais – transforma, enfim, o legislador num funcionário da Constituição, e estreita assim o espaço de intervenção ao órgão especificamente incumbido de fazer as leis” (BONAVIDES, 1998, p. 386).*

Um dos direitos fundamentais mais afetados com o instituto *pipeline* foi exatamente o do acesso à saúde, tendo o Poder Legislativo ultrapassado em muito sua competência constitucional. Tal se dá, principalmente, pois a concessão de patentes sobre tecnologias ultrapassadas faz com que o erário público seja onerado, sem qualquer licitação, na compra de medicamentos caríssimos, e de fabricação exclusiva.

Aqui não se desconhece que o direito à saúde, na qualidade de mandado de otimização, “*não se encontra sujeita, em princípio, a uma lógica do tipo ‘tudo ou nada’*”, mas, por outro lado exigir-se-ia “*uma ponderação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial*” (SARLET, p. 141).

Minorado – e até extirpado – o direito de acesso aos medicamentos objetos de inúmeras *pipelines*, o preceito fundamental da saúde restou atravancado, razão pela qual, também nesse viés, malfadado restam os artigos 230 e 231 da LPI.

Não obstante serem os dispositivos vergastados de imperativa inconstitucionalidade, faz-se mister o registro de que seus titulares, insatisfeitos, ajuizaram mais de trezentas ações visando a prorrogação do

prazo de vigência de suas patentes revalidadas, visando aplicar institutos estrangeiros estranhos ao ordenamento jurídico brasileiro<sup>18</sup>.

Ou seja, não bastasse à expropriação do domínio público e a devolução ao domínio privado de tecnologias conhecidas, os titulares pretendem adiar o regresso ao domínio comum, em cristalina hipótese de abuso do direito e de enriquecimento sem causa (conforme será desenvolvido nos capítulos a seguir). Além de ser de pleno direito um absurdo jurídico, as *pipelines* permitem que seus titulares arroguem-se na posse de hermenêutica que lhes permitiria patentes de mais de 20 anos de vigência, aviltando a exigência de temporariedade certa do inciso XXIX, artigo 5º, CFRB.

Dentro da pena crítica da sociologia contemporânea, pode-se afirmar que

*“A mesa foi virada, por assim dizer: a tarefa da teoria crítica foi invertida. Essa tarefa costumava ser a defesa da autonomia privada contra as tropas avançadas da “esfera pública”: soçobrando sob o domínio opressivo do Estado onipotente e impessoal e de seus muitos tentáculos burocráticos ou réplicas em escala menor. Hoje a tarefa é defender o evanescente domínio público, ou, antes, reequipar e repovoar o espaço público que se esvazia rapidamente devido à deserção de ambos os lados: a retirada do “cidadão interessado” e a fuga do poder real para um território que, por tudo que as instituições democráticas existentes são capazes de realizar, só pode ser descrito como um “espaço cósmico”. Não é mais verdade que o “público” tente colonizar o “privado”. O que se dá é o contrário: é o privado que coloniza o espaço público, espremendo e expulsando o que quer que não possa ser expresso inteiramente, sem deixar resíduos, no vernáculo dos cuidados, angústias e iniciativas privadas” (BAUMAN, 2001, p. 49).*

Em que pesem os inúmeros argumentos supra referidos, não se está aqui a olvidar da presunção *juris tantum* de constitucionalidade de todo e qualquer dispositivo legal, salvo o reconhecimento de vício insuperável através do controle concentrado de constitucionalidade.

Dessa forma, enquanto não julgada a ação declaratória de

---

<sup>18</sup> À título elucidativo exemplificamos os casos das demandas 2007.51.01.808381-3, 2005.51.01.519897-9, 2004.51.01.534005-6, 2005.51.01.512374-8, 2004.51.01.534562-5, 2000.02.01.050211-3 2005.51.01.507517-1, 2006.51.01.524783-1, 2004.51.01.528975-0, 2005.51.01.527211-0, e 2007.02.01.006831-6, todas provenientes do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

inconstitucionalidade pelo STF, mister desenvolver e criticar os institutos alienígenas trazidos no bojo das patentes de revalidação, no cristalino intuito de prorrogar o retorno da tecnologia – antes já conhecida – ao domínio comum.

#### **4. DO ABANDONO QUALIFICADO**

Dentro da interpretação dada aos artigos que regulam a disciplina *pipeline*, os titulares de tecnologia trouxeram, pontualmente, alguns institutos estrangeiros fazendo uso da suposta *remissão* realizada pelos dispositivos para majorar prazos de vigência.

Em primeiro lugar, registre-se que a má redação dos parágrafos do artigo 230 da Lei 9.279/96 deu margem às inúmeras interpretações – exóticas e – discrepantes ante a excepcionalidade do regime das patentes de revalidação.

Para uma análise sistemática compatível com o inteiro teor das normas que regem as patentes de invenção, mister averbar e comentar os dispositivos controversos:

*§ 1º O depósito deverá ser feito dentro do prazo de 1 (um) ano contado da publicação desta Lei, e deverá indicar a data do primeiro depósito no exterior.*

*§ 3º Respeitados os arts. 10 e 18 desta Lei, e uma vez atendidas as condições estabelecidas neste artigo e comprovada a concessão da patente no país onde foi depositado o primeiro pedido, será concedida a patente no Brasil, tal como concedida no país de origem.*

A interpretação dada pela doutrina compatível com a pretensão dos titulares de tecnologia, é que a menção da *data do primeiro depósito no exterior* teria como única função assegurar que a patente revalidada é àquela “*concedida no país onde o primeiro pedido correspondente foi depositado*” (IDS, 2005, p.467).

Ainda nessa toada,

*“se uma patente ‘pipeline’ foi requerida com base em um pedido de patente originalmente depositado em um país europeu, por exemplo, a patente a ser considerada para efeitos de concessão futura no Brasil deverá ser uma patente correspondente concedida*

*e válida naquele mesmo país da Europa. O §3º não permite que na situação acima se utilize, por exemplo, uma patente norte-americana ou japonesa mesmo correspondente àquele pedido original” (IDS, 2005, p.468).*

Entretanto não se pode separar – totalmente – a *ratio aplicada* aos dispositivos *pipeline* do restante do sistema legal. Com relação à fixação dos prazos de vigência patentária a *mens legis* faz uso da data do depósito como marco específico para determinar a data do domínio público (art. 40 da LPI), para efeitos de nulidade (art. 48 da LPI), de retribuição anual (art. 84 da LPI), e de pedido de prioridade unionista (art. 16 da LPI) entre outros.

Ou seja, o marco fundamental para uma série de efeitos jurídicos decorre da data do depósito, não sendo uma mera formalidade legal.

Em divórcio intelectual dos demais parágrafos do artigo 230, e do restante do diploma legal, parte da doutrina subsume – isoladamente – o §4º como hábil a uma correspondência unívoca de prazos (entre privilégio originário e o revalidado).

***§ 4º Fica assegurado à patente concedida com base neste artigo o prazo remanescente de proteção no país onde foi depositado o primeiro pedido, contado da data do depósito no Brasil e limitado ao prazo previsto no art. 40, não se aplicando o disposto no seu parágrafo único.***

Segundo tal corrente, o “*prazo de uma patente ‘pipeline’ toma por base o prazo remanescente de proteção da patente-base estrangeira, desde que este prazo não ultrapasse 20 anos a partir da data de depósito no Brasil*” (IDS, 2005, p.468).

Alente-se que o dispositivo, novamente, registra a importância do depósito do primeiro depósito – alhures –, mas, numa exegese literal, levaria a crer que o marco base para efeitos nacionais seria o registro no Brasil.

*“Na abordagem cognitiva do texto, mormente no que se refere à utilização seja dos implícitos ou explícitos contidos no ordenamento, seja do fato concreto que postula uma qualificação normativa, é preciso que seja banido o ensino do in claris non fit interpretatio. Ele não responde, aliás, às novas técnicas legislativas que se*

*caracterizam por uma proliferação e estratificação as leis com objetivos nem sempre homogêneos (...) in claris ou não, semper fit interpretatio” (PERLINGIERI, 2007, p. 72 – 80).*

Factualmente, em que pese à confusão na redação do infeliz parágrafo, a contagem do depósito no Brasil é pertinente à oponibilidade patentária, para efeitos de interdição concorrencial.

Dessa forma, no que tange ao pedido pipeline, têm-se dois depósitos iniciais que gerarão efeitos distintos: a) o primeiro depósito no exterior, a partir do qual se dará a contagem dos vinte anos; e b) o depósito no Brasil o qual, após a concessão, será o marco da eficácia da exclusiva.

Portanto, não houve qualquer *mens legis* para eventual coincidência de datas de domínio público, entre a patente originária e a revalidada. Mesmo porque após o depósito no Brasil, causas supervenientes serão – *a priori* – irrelevantes para regular o instituto nacional.

Por sinal, é comum que patentes alienígenas (que gerarão *pipeline*), por alguma peculiaridade local, possam ser somadas a outros direitos de exclusiva que não encontram guarida no Brasil (vide capítulo sobre *Supplementary Protection Certificates* abaixo), não havendo – também nesse caso – coincidência quanto a datas de extinção do privilégio.

A hermenêutica controvertida dada ao §4º, acima, gerou centenas de demandas judiciais por parte dos titulares que vislumbraram no direito de petição uma boa oportunidade para turbar o mercado.

Não é recente a ideia do “jeitinho brasileiro”. No âmbito judicial, a postergação dos débitos, o retardamento das derrotas inevitáveis, sempre fizeram parte das estratégias jurídicas empresariais<sup>19</sup>.

Se o INPI havia fixado o encerramento do privilégio para uma data, os titulares de patente ajuizavam – e ajuízam – demandas visando o enriquecimento de seu patrimônio por um, dois, e, em casos esdrúxulos, até vinte e um anos<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> O presente parágrafo e os quatro subseqüentes são provenientes do nosso “O processo judicial como uma arma concorrencial. Rio de Janeiro: Revista Facto - Associação Brasileira das Indústrias de Química Fina, Biotecnologia e suas Especialidades, 21ª Edição, Setembro/Outubro 2009.

<sup>20</sup> Algumas ações judiciais questionando atos de indeferimento de patente depositadas em 1979, pleiteavam a aplicação do artigo 40, § único, da Lei 9.279/96. Sobre o tema, permita-nos remeter ao nosso texto: “O art. 40 da LPI como propulsor de uma patente perene”. Revista Facto - Associação Brasileira das Indústrias de Química Fina, Biotecnologia e suas Especialidades, 9ª Edição, Setembro/Outubro 2007.

O êxito ou a sucumbência processual, no entanto, jamais fora o objetivo imediato de tais artimanhas, posto que na apreciação da petição inicial, todos os juízos determinam a citação da Autarquia Federal (INPI), bem como a notificação ao seu nome de domínio para que a patente correspondente conste como se estivesse *sub judice*.

Pronto, a vitória foi consolidada. Nenhuma outra decisão se faz necessária! Com o trâmite normal de uma ação judicial, entre a citação do demandado e o trânsito em julgado, a decisão de mérito sobre a prorrogação do prazo visado pelos Autores se dará em momento póstumo ao lapso temporal querido.

Nesse ínterim, eventuais concorrentes, cientificados pela informação *sub judice* aposta à tecnologia, ficaram ressabiados de investirem e jogarem o produto, processo, no mercado, tendo em vista a pertinente batalha judicial. Consequentemente, toda sociedade fica privada dos benefícios trazidos pela competição, e o erário deixa de exercitar as licitações impostas pela Constituição e pela Lei 8.666/93.

Com relação à *causa petendi* dos titulares de tecnologia revalidada, uma das razões mais comuns ao pedido de postergação da data final de vigência, seria proveniente da diferença de lapso temporal advindo do primeiro depósito alhures, e outros posteriores.

Baseados no direito Convencional à prioridade Unionista (Art. 4, A, 1, da CUP), o proprietários da patente revalidada *retiraram* os depósitos originais depositados em países europeus, e, indicando novo depósito no *European Patent Office* – até 11 meses e trinta dias *a posteriori* – pretenderam revalidar o ulterior pedido. Não há, contudo, que se falar em real res derelicta, contudo, pois o depósito ‘abandonado’ serviu de prioridade para o posterior. Caso assim não o fosse, quando do depósito ulterior, a autoridade patentária estrangeira teria indeferido o pleito por ausência de novidade.

Dessa forma, computar-se-ia o lapso final da patente revalidada com base no último depósito, e não no primeiro. Contudo, ainda no direito Convencional, há norma expressa hábil a regular tal fato jurídico: art. 4º. da Convenção da União de Paris (versão Estocolmo) resolveria a questão:

***“Deve ser considerado como primeiro pedido, cuja data de apresentação marcará o início do prazo de prioridade, pedido ulterior que tenha o mesmo objeto de um primeiro pedido***

***anterior, nos termos do parágrafo 2), apresentado no mesmo país da União, desde que na data do pedido posterior, o pedido anterior tenha sido retirado, abandonado ou recusado, sem ter sido submetido a inspeção pública e sem deixar subsistir direitos e que não tenham ainda servido de base para reivindicação do direito de prioridade. O pedido anterior então não poderá mais servir de base para reivindicação do direito de prioridade” (art. 4º, C, 4, da CUP).***

O direito de prioridade, na Lei 9.279/96, é tratado no artigo 29, §2º, com a mesma solução jurídica: “§ 2º A retirada de um depósito anterior sem produção de qualquer efeito dará prioridade ao depósito imediatamente posterior”.

Contudo, a invocação do direito de prioridade gerou os efeitos legais específicos, hábeis ao cômputo do depósito originário para diversos marcos legais (como prazo final).

Solução diversa traria o inconveniente lógico de possibilitar que um *abandono* seria hábil a gerar apenas aspectos positivos ao *ex-titular*, mas não trazer qualquer sanção jurígena.

Entretanto, ainda inexperiente com a disciplina, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por longo tempo acolheu tais pleitos em diversos precedentes<sup>21</sup>, sendo – até então – minoritários os julgados de segunda instância em sentido contrário<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> “Restando presentes no caso em tela os requisitos estabelecidos no parágrafo 4º, do artigo 230, da Lei de Propriedade Industrial, mister se faz assegurar a garantia da aludida patente pelo mesmo prazo remanescente de proteção conferido no exterior” Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Turma Especializada, J.C Aluisio Mendes, AC 2003.51.01.538118-2, DJ 12.03.2008. “Não há dúvida de que a ratio do art. 230 da lei 9.279/96 é no sentido de permitir que a caducidade dos registros, tanto no Brasil, quanto no exterior, possam ocorrer de forma simultânea, compensando efeitos pretéritos da Lei 5.772/71, que proibia a concessão de patentes de substâncias, matérias e/ou produtos obtidos por meios ou processos químicos de natureza alimentícia, química ou farmacêutica. Exceção feita, somente, quando o período residual ultrapassar o limite de 20 anos, fato que ensejará o término da patente no Brasil antes de sua correspondente no exterior. I – Com acerto, a sentença guerreada considerou o prazo inicial das patentes no exterior como sendo aquelas que geraram a proteção por terem sido concedidas, nos termos do artigo 230, § 4º da LPI. II.- Não há que considerar pedido de depósito posteriormente abandonado e que, portanto, não gerou qualquer direito à apelante” Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma Especializada, Des. Messod Azulay, AC 2003.51.01.538117-0, DJ 27.06.2007.

<sup>22</sup> “No caso, consoante se verifica de cópia da carta patente acostada às fls. 22, a data do primeiro depósito no exterior se deu em 14/12/1990, devendo este ser o marco inicial a partir do qual se começa a contar o prazo remanescente para a validade da referida patente. Não se revela relevante, como pretende fazer crer a Apelante, o superveniente abandono do pedido da patente de 4040026. Certo é que nossa legislação impõe que a contagem do prazo protecional seja computado a partir do primeiro depósito”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma Especializada, Juiz Convocado Relator: Dr. Guilherme Diefenthaler, Apelação em Mandado de Segurança de nº 2000.02.01.055407-1. “In casu, não cabe a alegação de abandono/retirada da Patente alemã nº 4231658, de 22.09.92, tendo em vista que a Patente européia nº EP 0589336B1, com data de depósito em 14.09.93, baseia-se no direito de prioridade da Impetrante, por força daquele primeiro pedido. É de se considerar que além do aludido

Alguns julgadores que acolhiam tal espécie de pleito, no entanto, davam tratamento jurídico diferente se, mesmo que o abandono do primeiro depósito (em favor de um segundo) alhures, tivesse se dado de forma pretérita ao pedido brasileiro, ainda não houvesse sido concedida patente estrangeira a ser revalidada<sup>23</sup>.

*exercício do direito de prioridade, a partir do pedido de depósito da patente, Terceiros ficam impedidos de obtê-la, sendo certo que a emissão da Declaração de Abandono/Retirada de Pedido de Patente constante dos autos ocorre somente após mais de oito anos da data do primeiro pedido de depósito (22.09.92) e muito depois do segundo (14.09.93)”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação em Mandado de Segurança 2001.02.01.015952-6, julgado pela 2ª Turma Especializada, Relator Juiz Convocado Alfredo França Neto, em 16.06.2005. “In casu, F. HOFFMANN-LAROCHE AG, sociedade suíça, ora Ré, deposita o primeiro pedido de patente para compostos químicos derivados 3,5-dissubstituídos do pirocatecol na Suíça em 11 de março de 1986 (fls. 15). Ora, é com base nesse depósito que a empresa reivindica e obtém a prioridade unionista no Escritório Europeu de Patentes (EP237929B1). Tem-se, portanto, que o primeiro pedido de patente depositado na Suíça gera o direito de prioridade à depositante e, conseqüentemente, o direito à concessão da Patente Européia”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Ação Rescisória 2002.02.01.045087-0, julgado pela Primeira Seção Especializada, Relator Juiz Convocado Alfredo França Neto, em 30.05.2005. “Na sistemática adotada pela Lei nº 9.279/96, é imperioso que se observe o disposto no § 1º, do artigo 230, além do que dispõe o artigo 40, que limita o prazo da patente de invenção em vinte anos, que deverá ser computado da data do primeiro depósito, em se tratando de pipeline”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação em Mandado de Segurança nº 2000.51.01.002438-2, julgado pela 1ª Turma Especializada, Relator Juiz Convocado Guilherme Calmon, publicado em 09.05.2008. “In casu o pedido pipeline formulado indicou como data do primeiro depósito 19.02.1990, correspondente ao pedido nº CH 518/90, do que decorre que a fixação da respectiva data de expiração em 19.02.2010, o que se deu em perfeito atendimento do que gravado no § 4o do art. 230 da LPI”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação em Mandado de Segurança nº 1999.02.01.058987-1, julgado pela 1ª Turma Especializada, Relatora Juíza Convocada Márcia Helena Nunes, publicado em 30.04.2008. “Ou seja: a circunstância da impetrante haver abandonado os primeiros pedidos de patente não autoriza que somente seja considerada a data do depósito do pedido que posteriormente foi convertido em patente. Deve, assim, prevalecer a data do primeiro depósito de pedido de patente”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação em Mandado de Segurança nº 2000.02.01.027278-8, julgado pela 1ª Turma Especializada, Relator Juiz Convocado Guilherme Calmon, publicado em 09.05.2008. “A interpretação das regras a serem aplicadas para as patentes tipo pipeline deve estar em harmonia com os princípios amparados pela Lei nº 9.279/96. Destarte, o disposto no § 1º, do art. 230, desse Diploma Legal, ademais do disposto no art. 40, da LPI, é de suma importância. Nesse ponto, merece destaque, por sua precisão, o seguinte comentário da Autarquia: “não houvesse o legislador assegurado, para os efeitos da proteção ‘pipeline’, a data do primeiro depósito no exterior, ao se aplicar as disposições da LPI à patente concedida estaria a mesma eivada do vício da falta de novidade – e portanto nula”. (fls. 164) Efetivamente, a regra constante no § 1º, do art. 230, da LPI não impõe a verificação da concessão da patente referente ao depósito do primeiro pedido, isso porque é exatamente nesse momento que o requisito “novidade” deixa de existir, em virtude da revelação tecnológica até então desconhecida”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível nº 2006.51.01.524339-4, julgado pela 1ª Turma Especializada, Relator Marcelo Leonardo Tavares, publicado em 31.10.2008.*

<sup>23</sup> *“Assim, como à época do depósito do pedido da patente em questão junto ao INPI, a parte autora era detentora apenas do pedido de patente DE 4103492, que só restou abandonado após a concessão da patente européia no ano de 1998, a aludida concessão não tem o condão de modificar o prazo de proteção originariamente fixado pelo INPI, uma vez que o prazo remanescente de proteção é contado a partir da data do depósito no Brasil”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação em Mandado de Segurança nº 2003.51.01.530651-2, julgado pela 1ª Turma Especializada, Relator Juiz Convocado Aluísio Gonçalves Castro Mendes, publicado em 05.05.2008. “Ressalte-se que a concessão da patente européia somente teria relevância, para efeito de prazo de proteção, caso fosse efetuada antes da data do depósito da patente correspondente no Brasil. Destarte, assiste razão ao INPI, quando afirma que merece reforma a sentença recorrida”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação em Mandado de Segurança nº*

Em entendimento *revolucionador*, face à expressão majoritária do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, o Superior Tribunal de Justiça vem, recentemente, consolidando perspectiva no sentido de prestigiar o primeiro depósito para efeitos do cômputo de prazo<sup>24</sup>.

Destarte, hoje o perfil dos julgados é traçado pela construção pretoriana edificada pelo Superior Tribunal de Justiça, que realiza hermenêutica sistemática dos dispositivos que regulam o *pipeline*, sem olvidar do restante do diploma legal pertinente.

## 5. DO INSTITUTO *CONTINUATION*<sup>25</sup>

Além dos litígios provenientes de retiradas dos primeiros depósitos europeus, tendo em vista que grande parte dos pedidos *pipeline*

---

**2000.51.01.026041-7, julgado pela 1ª Turma Especializada, Relator Juiz Convocado Aluisio Gonçalves Castro Mendes, publicado em 28.02.2008.**

<sup>24</sup> “o prazo de proteção da patente pipeline deve ser o remanescente que a patente originária tem no exterior, contado, ao revés, a partir da data do primeiro depósito do pedido de proteção patentária, o qual incidiria a partir da data do depósito no Brasil, limitado tal período, entretanto, a 20 anos. Essa exegese, na vertente de que o termo inicial de contagem do prazo remanescente é a data do primeiro depósito realizado no exterior, é a que melhor se coaduna com os princípios que regem a Propriedade Intelectual e o sistema de patentes. Vale ressaltar que tais prerrogativas emanadas do direito de prioridade para os pedidos de patente subsequentes persistem ainda que haja desistência ou abandono do pedido de patente anterior. Cotejando, desse modo, o art. 230, § 4º, da Lei 9.279/96, que, como dito alhures, deve receber interpretação restritiva, com o TRIPS e a CUP, depreende-se que o cálculo do prazo remanescente das patentes pipeline - o qual incidirá a partir da datado depósito do pedido de revalidação no Brasil - deve levar em conta a data do depósito no sistema de concessão original, ou seja, o primeiro depósito no exterior, ainda que abandonado, visto que a partir de tal fato já surgiu proteção ao invento. Desta feita, constata-se que nem sempre a data da queda em domínio público da patente pipeline no Brasil vai ser a mesma da correspondente no exterior, o que traz à evidência, essa falta de vinculação, o princípio da independência das patentes, inscrito no art. 4º bis da CUP, que se aplica, de modo absoluto, tanto do ponto de vista das causas de nulidade e de caducidade como do ponto de vista da duração normal”. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Min. Vasco Della Giustina, RESP 1145367, Julgado em 15.12.2009. “não deixam dúvidas quanto ao entendimento de que “o prazo de proteção da patente pipeline deve ser o remanescente que a patente originária tem no exterior, contado, ao réves, a partir da data do primeiro depósito do pedido de proteção patentária, o qual incidiria a partir da data do depósito no Brasil, limitado tal período, entretanto, a 20 anos”. E, arrematou, dizendo que: “Essa exegese, na vertente de que o termo inicial de contagem do prazo remanescente é a data do primeiro depósito realizado no exterior, é a que melhor se coaduna com os princípios que regem a Propriedade Intelectual e o sistema de patentes”. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Seção, Min. João Otávio de Noronha, RESP 731.101, Julgado em 28.04.2010. “Como se pode perceber, fixou-se o primeiro depósito realizado no exterior, ainda que abandonado, como o termo inicial do prazo cujo período remanescente constitui, a partir do depósito no Brasil, o prazo de vigência da patente pipeline. É que, de acordo com o que afirmado, o primeiro depósito realizado no exterior, conquanto não resulte na concessão da patente, já assegura proteção ao invento, reconhecendo ao seu inventor, por exemplo, a prioridade unionista, prevista no art. 4º da Convenção da União de Paris”. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, RESP 1092139, DJ em 04.11.2010.

<sup>25</sup> Capítulo proveniente do nosso: O Instituto Continuation in Part. Rio de Janeiro: Revista Facto - Associação Brasileira das Indústrias de Química Fina, Biotecnologia e suas Especialidades, 8ª Edição, Julho/Agosto 2007, editado, alterado e atualizado.

revalidaram patentes norte-americanas, há inúmeros litígios pertinentes às normas *yankees* envolvendo a forma de contagem de prazo.

O presente capítulo cuidará do instituto do *continuation* (e de sua espécie *continuation in part*) do direito de patentes americano, invocado pelos titulares de patente *pipeline* para a contagem do prazo da patente revalidada, suas implicações jurídicas, bem como sua perspectiva jurisprudencial no Brasil.

No tocante a modalidade *continuation*, os comentários à legislação norte-americana, realizados pela Universidade de Yale, explicam com clareza o instituto:

*“Os pedidos “continuation” possuem o mesmo quadro reivindicatório do que os pedidos familiares depositados anteriormente e eles gozam do benefício da data de depósito pretérita. Isso significa que o pedido “continuation”, depositado por último, é considerado como tendo sido depositado na data do primeiro pedido. A data de depósito do primeiro pedido é referida como a “data prioritária” do pedido “continuation” (CHISUM e JACOBS, 1992).*

Portanto, podemos conceituar o instituto do *continuation* como um segundo depósito que faça uso da prioridade do pedido mais antigo, com o mesmo quadro reivindicatório, sobre a mesma invenção<sup>26</sup>.

Com relação à subespécie do *continuation in part*, constitui pedido que depositado durante o processamento de outro, pretérito, repetindo-o parcialmente, ou em sua totalidade, e adicionando matéria ainda não reivindicada<sup>27</sup>.

Desta forma, verifica-se uma enorme semelhança com a faculdade disposta no artigo 32 da LPI, segundo a qual o quadro reivindicatório pode ser adicionado desde que não exceda a matéria revelada no relatório descritivo, observado o prazo legal pertinente (vide. Art. 32, da LPI).

Dentro desta similitude, temos que a matéria acrescida não constitui

---

<sup>26</sup> CHISUM, Donald S. JACOBS, Michael A. Understanding Intellectual Property Law. Times Mirror Books: Nova Iorque, 1992, §2B[2].

<sup>27</sup> Tradução livre de: “A continuation-in-part is an application filed during the lifetime of an earlier nonprovisional application, repeating some substantial portion or all of the earlier nonprovisional application and adding matter not disclosed in the said earlier nonprovisional application”. Disponível em: [http://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/documents/0200\\_201\\_08.htm](http://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/documents/0200_201_08.htm)

efetivamente um novo depósito, não implica num abandono concreto do depósito originário, ou gera patente distinta.

Contudo, o próprio USPTO, por razões burocráticas, estipula que cada adição *continuation in part* será dotada de um novo número de depósito, incidindo num “suposto” abandono daquele originário<sup>28</sup>.

Este procedimento, por sua vez, tem gerado grandes confusões face ao ordenamento jurídico pátrio, e, combinado com o instituto *pipeline*, vem alimentando o judiciário federal com centenas de ações de extensão do prazo de patentes<sup>29</sup>.

Os autores destas demandas, como regra, sempre visam que a contagem *a quo* do termo patentário seja oriunda do último depósito, e nunca do primeiro. No entanto, não nos parece haver real abandono do primeiro depósito, mesmo na égide do instituto norte-americano.

Stephen Ladas, grande tratadista Norte-americano, elucida esta aparente divergência:

*“portanto, um pedido continuation in part requerido nos Estados Unidos da América não pode requerer o direito de prioridade com relação ao pedido originário, posto que uma continuação não incluiu o abandono do requerimento original” (LADAS, 1973, p. 473).*

Contudo, ainda que - hipoteticamente - houvesse real abandono do primeiro depósito, o dispositivo da CUP pertinente ao exercício do direito de prioridade seria hábil a solução do problema (art. 4, C, 4).

Portanto pode ler-se desse último dispositivo que o depósito *continuation (in part)*, ulterior, não pode ser considerado como “primeiro pedido”, pois este deixou importantes direitos, como o direito de prioridade.

Neste sentido, vale citar texto institucional da Universidade de Yale:

*“Devido às mudanças recentes na lei da patente, entretanto, há agora*

---

<sup>28</sup> Como exemplo, temos a patente norte-americana US 5547853, geradora da PI 1100443-6, que no site do USPTO consta: “This application is a continuation-in-part of application Ser. No. 07/770,967, filed Oct. 7, 1991, which is a continuation-in-part of prior application Ser. No. 07/667,971, filed Mar. 12, 1991, both now abandoned”. (grifos nossos)

<sup>29</sup> A título exemplificativo, destacamos as seguintes demandas todas em curso na seção judiciária federal do rio de janeiro: 99.001.9328-8, 2000.51.01.0166905-0, 98.002.5767-5, 99.002.0907-9, 2005.51.01.5007128-0 e 2005.51.01.5075160-0.

*uma razão muito importante para não rotineiramente arquivar uma aplicação como uma aplicação do CIP. Porque o termo de uma patente é calculado como estendendo de sua data de depósito até vinte anos após, assim, o arquivamento uma aplicação de patente como uma continuação ou como resultados de um CIP diminuí o tempo de vida da patente. **Conseqüentemente, só faz sentido arquivar uma aplicação como uma continuação-em-parte se a data da prioridade de uma aplicação mais antiga possa ser obtida**". (grifos nossos)*

Seguindo o mandamento da Convenção União de Paris, o *United States Code* em seu título 35, §119, "c"<sup>30</sup>, também condiciona que um depósito "posterior" só será contado como o "inicial", se o pedido pretérito tiver sido retirado, abandonado, sem que tenha tido acesso ao público; sem que haja deixado qualquer outro resquício de direitos; e que não tenha sido usado para garantir o direito de prioridade a outro pedido.

O *continuation (in part)* é uma peculiaridade da legislação alienígena que, pertinente às patentes *pipeline*, não pode ter como cômputo de prazo o último depósito; seja porque não houve abandono do primeiro, ou seja porque mesmo abandonado o primeiro depósito gerou efeitos importantes; sob pena de violarmos o artigo 40 da Lei de Propriedade Industrial.

Saliente-se que ainda no hipotético caso de haver real inclusão de material inventivo, pela aplicação da legislação brasileira, tal se daria na modalidade de um certificado de adição (art. 76 da LPI), cujo prazo é vinculado à matéria originalmente revelada com o pedido.

Tais debates inicialmente eram tratados pelos precedentes sem maiores cuidados, muitas vezes confundindo os institutos norte-americanos, e suas peculiaridades, com a modalidade europeia de *abandono do primeiro depósito*.

Dessa forma, *ab initio*, os precedentes pretorianos acolhiam os pedidos dos titulares de tecnologia, para o cômputo do prazo iniciado do último

---

<sup>30</sup> "In like manner and subject to the same conditions and requirements, the right provided in this section may be based upon a subsequent regularly filed application in the same foreign country instead of the first filed foreign application, provided that any foreign application filed prior to such subsequent application has been withdrawn, abandoned, or otherwise disposed of, without having been laid open to public inspection and without leaving any rights outstanding, and has not served, nor thereafter shall serve, as a basis for claiming a right of priority"; Disponível em: [http://www.yale.edu/ocr/invent\\_guidelines/continuation.html](http://www.yale.edu/ocr/invent_guidelines/continuation.html)

depósito, ignorando os efeitos jurídicos daquele introdutório<sup>31</sup>.

Posteriormente, a jurisprudência do TRF2 se pacificou<sup>32</sup> no sentido de

<sup>31</sup> “As patentes americanas US 5.679.880 e US 5.500.360 foram depositadas em 06/09/1988 e 07/03/1985 por um prazo de 17 (dezesete) anos contados a partir da concessão das mesmas (21/10/1997 e 19/03/1996), ou seja, para vigorar até 21/10/2014 e 19/03/2013, respectivamente. Dessa forma, o prazo remanescente das patentes quando da data de depósito da patente pipeline no Brasil era de, aproximadamente, 17 (dezesete) e 16 (dezesesseis) anos, respectivamente, inferiores, portanto, a 20 anos, afigurando-se perfeitamente possível a garantia da patente pelo mesmo prazo conferido no exterior”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma Especializada, Des. Liliâne Roriz. AC 2001.51.01.538343-1, DJ 20.04.2007. “Não há que considerar pedido de depósito posteriormente abandonado e que, portanto, não gerou qualquer direito à apelante” Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma Especializada, Des. Messod Azulay. AC 2001.51.01.538343-1, DJ 20.04.2007.

<sup>32</sup> “Uma interpretação sob o prisma do sistema jurídico em que se insere o § 4.º do art. 230 da Lei n.º 9.279-96 leva à conclusão de que o prazo da proteção da patente estrangeira revalidada no Brasil terá como termo a quo a data do primeiro depósito no país de origem, independente de abandono ou prorrogação do prazo originário, exegese essa que é confirmada pela obrigatoriedade da indicação da data do primeiro depósito do exterior, prevista no § 1.º do mesmo dispositivo”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma Especializada, Des. André Fontes. AC 2009.51.01.811383-8, DJ 19.11.2010. “Desse modo é inegável que o prazo de vigência da patente revalidada no Brasil sob o nº PI 1100443-6 deve ser computado a partir da data do depósito da patente estadunidense original US 667,971, e não da patente US\$5,547,853, que nada mais é que uma “continuação” (continuation) daquela patente originária”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Seção Especializada, Des. André Fontes. AR 2008.02.01.015725-1, DJ 14.09.2010. “Se o primeiro depósito foi abandonado, nenhum efeito jurídico irradiou-se dele, eis que nem mesmo aperfeiçoou-se a ponto de dar ensejo a uma patente; no caso da continuação em parte, porém, a patente originária se tornou eficaz, atuando plenamente no mundo jurídico, tanto é assim que foi desenvolvida a ponto de gerar uma outra, que nada mais é que um desdobramento daquela” (grifos nossos) **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**, Apelação em Mandado de Segurança nº 2003.51.01.501017-9, 2ª Turma Especializada, Dês Liliâne Roriz, publicado em 08.10.2007. “no caso da continuação em parte, porém, a patente originária se tornou eficaz, atuando plenamente no mundo jurídico, tanto é assim que foi desenvolvida a ponto de ferar uma outra, que nada mais é que um desdobramento daquela (...) No caso ora em exame, o primeiro pedido efetuado junto ao órgão patentário norte-americano - US 77366 - não pode ser considerado como abandonado...”. (grifos nossos) **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**, Apelação Cível nº 2005.51.01.500712-8, 2ª Turma Especializada, Dês André Fontes, Voto Vista da Dês. Liliâne Roriz, publicado em 02.05.2007, decisão unânime. “No caso das patentes americanas correspondentes, concedidas pelo prazo de 17 anos a partir da concessão, tratava-se de outra sistemática que nada tem a ver com a previsão da lei brasileira, de forma que não pode servir de diretriz para a contagem do prazo remanescente de vigência da patente tipo “pipeline”. **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**, Apelação Cível nº 2006.51.01.500686-4, 1ª Turma Especializada, JC Márcia Helena Nunes, publicado em 19.10.2007, decisão unânime. “Além disso, trata-se de hipótese de “continuation-in-part”, instituto peculiar da legislação patentária norte-americana e europeia, correspondendo a pequenos aperfeiçoamentos ou alterações introduzidos em determinada invenção original, no caso de aperfeiçoamentos introduzidos naquele pedido nº US 5,965,525 que, por sua particularidade na legislação daqueles países, não está mencionado na nossa legislação interna, nem em tratados de que nosso país seja signatário” (grifos nossos) **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**, Apelação Cível nº 2005.51.01.512194-6, 1ª Turma Especializada, JC Márcia Helena Nunes, publicado em 14.12.2007, decisão unânime. “Como esclarece o INPI, o peculiar caso de continuação em parte (“continuation-in-part”) é um instituto peculiar da legislação patentária norte-americana e europeia, correspondendo a pequenos aperfeiçoamentos ou alterações introduzidos em determinada invenção original, no caso de aperfeiçoamentos introduzidos naquele pedido nº US 246,335 que, por sua particularidade na legislação daqueles países, não está mencionado na nossa legislação interna, nem em tratados de que nosso país seja signatário”. (grifos nossos) **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**, Apelação Cível nº 2001.51.01.524082-6, 1ª Turma Especializada, JC Márcia Helena Nunes, publicado em 13.12.2007, decisão unânime. “Com efeito, bem aponta o INPI, apelante, que a patente afinal concedida à autora-apelada, no exterior, e com base na qual obteve a proteção “pipeline” no Brasil,

patente dos Estados Unidos, foi requerida reivindicando exatamente a prioridade de data daquele depósito feito anteriormente no mesmo país, sob o nº US 246,335 (fl. 50). Assim, se a data de 03.04.1981 serviu como prioridade para assegurar a novidade de depósito realizado posteriormente nos Estados Unidos, há de servir como marco inicial da validade da sua patente “pipeline”, justamente de acordo com os ditames do art. 230, §§ 1º e 4º, da Lei nº 9.279/96”. (grifos nossos) **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**, Apelação Cível nº 2001.51.01.523210-6, 1ª Turma Especializada, JC Márcia Helena Nunes, publicado em 14.12.2007, decisão unânime. “esta apontada pela apelante como de depósito da patente norte-americana, correspondem, em verdade, aos pedidos US 411.347 e US 643.880, patentes denominadas continuation-in-part (...) A orientação de que é a partir desse primeiro depósito que se computará o período restante da exclusividade deferida no exterior, limitada ao prazo de vinte anos (artigo 40 da Lei n.º 9.279-96), se coaduna com a razão da proteção da patente, pois é naquele momento que se dá a modificação do estado da técnica com a revelação ao mundo da solução tecnológica antes desconhecida (requisito da novidade)”. (grifos nossos) **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**, Apelação Cível nº 2005.51.01.512374-8, 2ª Turma Especializada, Dês André Fontes, publicado em 11.12.2007 “A regra constante do § 1º, do artigo 230, da Lei de Propriedade Industrial, não exige que relativamente ao depósito do primeiro pedido haja necessidade de verificação quanto à concessão da patente, mesmo porque é a partir do primeiro depósito que deixa de existir a novidade relativamente ao bem ou processo patenteável. (...) a patente US 4.920.143, depositada em 24.04.1990, é uma continuation-in-part, ou seja, continuação parcial de pedido depositado em 20/01/1987, posteriormente abandonado em função do mais recente. (...) Assim, a circunstância de a autora haver abandonado o primeiro pedido de patente não autoriza que somente seja considerada a data do depósito do pedido que posteriormente foi convertido em patente”. (grifos nossos) **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**, Apelação Cível nº 2007.51.01.800226-6, 1ª Turma Especializada, JC Márcia Helena Nunes, publicado em 10.04.2008. “Na sistemática adotada pela Lei nº 9.279/96, é imperioso que se observe o disposto no § 1º, do artigo 230, além do que dispõe o artigo 40, que limita o prazo da patente de invenção em vinte anos, que deverá ser computado a data do primeiro depósito, em se tratando de pipeline (...) No que tange ao caso específico da patente americana, que constituiria uma continuação (continuation - in - part), bem destacou a sentença guerreada, se reportando aos esclarecimentos da Diretoria de Patentes do INPI”. (grifos nossos) **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**, Apelação Cível nº 2007.51.01.800226-6, 1ª Turma Especializada, JC Guilherme Calmon, publicado em 09.05.2008. “a Legislação Pantetária Americana admite a chamada “continuation” (continuação) ou “continuation in part” (continuação em parte), institutos com alto grau de abrangência que não encontra paralelo em outros países, permitindo que uma patente com escopo inicialmente limitado, possa ao longo dos anos, vir a obter maior cobertura, mediante novos requerimentos sob o título de “continuações”, que nada mais são do que uma série de aperfeiçoamentos introduzidos na matéria inventiva do pedido original, propiciando-lhe indúvidos acréscimos. Abrangência que, aliás, vinha sendo seriamente questionada naquele país, por gerar insegurança no mercado, e que culminou em recentes alterações de caráter restritivo nos regulamentos da USPTO, em 21 de agosto de 2007 (...) Assim, assiste razão ao INPI ao levar em consideração, para fins de revalidação das patentes encimadas, as datas dos pedidos que deram origem as ditas continuações, visto que produziram efeitos, gerando outros pedidos que nada mais são do que desdobramentos daqueles”. (Grifos nossos) **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**, Apelação Cível nº 2001.02.01.038503-4, 2ª Turma Especializada, Dês Messod Azulay, publicado em 18.06.2008. “Uma interpretação sob o prisma do sistema jurídico em que se insere o § 4º do art. 230 da Lei n.º 9.279-96 leva à conclusão de que o prazo da proteção da patente estrangeira revalidada no Brasil terá como termo a quo a data do primeiro depósito no país de origem” Apelação Cível nº 2006.51.01.500038-2, 2ª Turma Especializada, decisão unânime Dês André Fontes, publicado em 02.07.2008. “De forma que o “abandono” no sistema americano não se dissocia plenamente do primeiro pedido, razão pela qual aquela legislação utiliza-se da expressão de origem latina CONTINUATION, cujo significado é o mesmo em na língua portuguesa, denotando que parte da matéria inventiva decorre de um pedido antecedente, e ainda passível de análise naquele órgão. (...) Diante de tal anotação, meu entendimento caminha em sentido contrário, não podendo ser aplicado quando o primeiro depósito foi objeto de substituição por outro, por meio de “continuação” ou “continuação em parte”, Assim, assiste razão ao INPI ao levar em consideração, para fins de revalidação das patentes encimadas, as datas dos pedidos originais - nº578.942, de 07 de setembro de 1990 - visto que produziu efeitos, consubstanciado na patente em discussão nos autos. **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**, Apelação Cível nº 2005.51.01.507516-0, 2ª Turma Especializada, decisão unânime,

computar como válido para efeitos do prazo remanescente o primeiro depósito que gerou posterior continuação. Tal ótica da problemática confirmou – até mesmo – o sentido etimológico do instituto: *continuação*.

Por sinal, a própria sistemática dos depósitos *continuation* acaba por permitir abusos por parte dos titulares que, mediante retribuição específica, depositam um sem número de requerimentos subsequentes, gozando das benesses da prerrogativa norte-americana.

Seguindo a linha traçada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, o STJ também fixou entendimento no sentido de prestigiar o primeiro depósito alhures, interpretando estritamente o disposto no artigo 230, §4º da LPI<sup>33</sup>.

Dês Messod Azulay, publicado em 03.09.2008. “Muito embora a legislação patentetária dos Estados Unidos da América permita o requerimento de “continuação parcial” de patentes já requeridas e tal instituto não se confunde tecnicamente com o abandono ou desistência previstos na legislação europeia, não se pode olvidar os reflexos que o depósito originário produz no estado técnica, mesmo que substituído parcialmente por novo requerimento segundo a sistemática da continuation in part estadunidense”. **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**, Apelação Cível nº 2007.51.01.803321-4, 2ª Turma Especializada, decisão unânime, Dês André Fontes, publicado em 28.04.2009. “Desse modo é inegável que o prazo de vigência da patente revalidada no Brasil sob o nº PI 1100443-6 deve ser computado a partir da data do depósito da patente estadunidense original US 667,971, e não da patente US5,547,853, que nada mais é que uma “continuação” (continuation) daquela patente originária”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Seção Especializada, Des. André Fontes. AR 2008.02.01.015725-1, DJ 14.09.2010. “De outro lado, a legislação patentária americana admite a chamada “CONTINUATION” ou “CONTINUATION IN PART”, instituto com alto grau de abrangência e que não encontra paralelo em outros países, permitindo que uma patente com escopo inicialmente limitado possa, ao longo dos anos, vir a obter a maior cobertura, mediante novos requerimentos, sob título de continuações, que nada mais são do que uma série de aperfeiçoamentos introduzidos na matéria inventiva do pedido original, proporcionando-lhe acréscimos. IV – De forma que o “abandono”, no sistema americano, diferentemente do sistema europeu, não se dissocia plenamente do primeiro pedido, denotando que parte da matéria inventiva decorre de um pedido antecedente e ainda passível de análise naquele órgão. V – Assiste razão ao INPI ao levar em consideração, para fins de revalidação de patentes a data do pedido que deu origem às subsequentes continuações, visto que produziu efeitos, gerando outros pedidos que nada mais são do que desdobramentos do primeiro”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Embargos de Declaração com Efeito Modificativo na Apelação Cível nº 2005.51.01.507516-0, 2ª Turma Especializada, decisão unânime, Des. Messod Azulay, publicado em 06.03.2012.

<sup>33</sup> “Com efeito, este Tribunal Superior pacificou o entendimento de que o prazo de proteção da patente pipeline - o qual incidirá a partir da data do depósito do pedido de revalidação no Brasil - deve ser o remanescente que a patente originária tem no exterior, contado, a seu turno, a partir da data do primeiro depósito realizado, ainda que abandonado, visto que a partir de tal fato já surgiu proteção ao invento” Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Min. Vasco della Giustina, RESP 1131808, DJ 09.12.2010. “Por gerar a preferência unionista (art. 4º da CUP), deve o primeiro depósito realizado no exterior, ainda que abandonado, ser considerado para o cálculo do prazo de vigência das patentes pipeline correspondentes a patentes europeias. Precedentes específicos: Recursos Especiais 1.145.637/RJ, 731.101/RJ e 1.092.139/RJ II - Se a simples preferência unionista implica a consideração do primeiro depósito realizado no exterior, com mais razão ainda deve ele, o primeiro depósito, ser considerado no caso em que dele possam decorrer, como no sistema de continuações do Direito Patentário Norte-Americano, inúmeros outros pedidos de patente III - Respeito à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Recursos Especiais 1.145.637/RJ, 731.101/RJ e 1.092.139/RJ)”. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, RESP 1178709, DJ 10.11.2010. “Com efeito, este Tribunal Superior pacificou o entendimento de que o prazo de proteção da patente pipeline - o

Destarte, sua aplicação em face do ordenamento jurídico pátrio deve observar os preceitos de ordem pública vigentes, tais como o prazo de vinte anos, a contar da data do primeiro depósito, das patentes alienígenas.

## **6. DO CERTIFICADO SUPLEMENTAR DE PRAZO (VIDE BARBOSA E BARBOSA, 2008)**

O *Supplementary Protection Certificate* (SPC ou Certificado Suplementar de Prazo) constitui-se em mecanismo de extensão do lapso de exploração da patente, existente em alguns países como EUA, Japão, Austrália além de EPO.

Tal instrumento tem por função prática assegurar ao detentor de uma patente, concedida em setores sujeitos à regulação sanitária (agroquímicos, farmacêuticos, alimentos, etc.) que, acaso fique impedido de explorar imediatamente o seu invento pelo tempo necessário a obter a licença de comercialização do órgão de regulação sanitária local, seja o seu prazo de exploração estendido por um período proporcional ao que aguardou a concessão dos órgãos de vigilância sanitária do seu país.

Na prática, com relação ao sistema patentário brasileiro, o artigo 42 da LPI assegura ao titular a *exclusividade perante terceiros*, tão somente, exatamente pelo fato de que o uso positivo pode vir a ser restringido por alguma agência reguladora.

SPC, na prática da OMPI, é um termo genérico, que cobre tanto o instituto correspondente europeu quanto a versão americana, nas hipóteses em que tais patentes podem ser contempladas com certificado de extensão, pelo tempo perdido junto aos trâmites do Food and Drug Administration (FDA) – equivalente da ANVISA nos EUA – o que traduz hipótese de SPC, na nomenclatura padrão da OMPI.

---

qual incidirá a partir da data do depósito do pedido de revalidação no Brasil - deve ser o remanescente que a patente originária tem no exterior, contado, a seu turno, a partir da data do primeiro depósito realizado, ainda que abandonado, visto que a partir de tal fato já surgiu proteção ao invento” Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Min. Vasco della Giustina, RESP 1107948, DJ 26.11.2010. “Com efeito, este Tribunal Superior pacificou o entendimento de que o prazo de proteção da patente pipeline - o qual incidirá a partir da data do depósito do pedido de revalidação no Brasil - deve ser o remanescente que a patente originária tem no exterior, contado, a seu turno, a partir da data do primeiro depósito realizado, ainda que abandonado, visto que a partir de tal fato já surgiu proteção ao invento” Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Min. Vasco della Giustina, RESP 1168258, DJ 26.11.2010.

Com efeito, a comunicação oficial da parte americana à OMPI, no tocante ao instituto, confirma que a modalidade correspondente ao instituto, nos Estados Unidos, é classificável como SPC <sup>34</sup>.

Assim, a legislação norte-americana, através do Hatch-Waxman Act<sup>35</sup> concede aos titulares de patentes farmacêuticas uma extensão do prazo de monopólio, se de fato houve empecilho administrativo que atravancasse a exposição no mercado, da medicação protegida.

Tal medida tem como lastro o fato de que a simples concessão da patente não permite a livre circulação da medicação; dependendo a última da aprovação junto ao órgão regulador pertinente (FDA), o que pode demorar um considerável lastro de tempo<sup>36</sup>. Este tempo de prorrogação que é concedido, nunca superior a cinco anos, em regra corresponderá ao lastro temporal no qual o produto não pode ser comercializado. Factualmente, o escopo da Lei foi evitar prejuízo ao particular ante a morosidade do processo burocrático estatal.

Elucide-se, no entanto, que após a concessão da prorrogação, a patente não perdurará por mais de quatorze anos.<sup>37</sup> A extensão do prazo da patente já concedida também tem como objetivo minorar a lesão sofrida pelo inventor, uma vez que a legislação permite que pessoa distinta da detenção do monopólio efetue testes com o objeto patenteado. O intuito do governo norte-americano é a tutela do inventor com o estímulo da concorrência.

Na Europa, o *Council Regulation* (EEC) de nº 1768/92, concede o *supplementary protection certificate* aos produtos cobertos pela autorização de comercialização, tendo em vista o escopo da patente. Portanto, ao contrário da legislação norte-americana, o processo para obtenção de um produto não é coberto pelo certificado.

Assim, temos uma opção legislativa na qual algumas reivindicações estarão em domínio público, enquanto outras terão maior prazo de exclusiva, tudo dentro do mesmo privilégio.

---

<sup>34</sup> Vide o comunicado oficial americano em <http://www.wipo.int/scit/en/mailbox/circular/circ2505/us.pdf>

<sup>35</sup> P.L 98-417 - <http://www.house.gov>

<sup>36</sup> <http://joewilson.house.gov/UploadedFiles/HEALTH%20%20Pharmaceutical%20Patent%20Term%20Extensions%20A%20Brief%20Explanation.pdf>

<sup>37</sup> CRS Report RL30756

Tal como nos EUA, o certificado de proteção terá duração equivalente ao tempo despendido junto ao órgão fito-sanitário, reduzindo cinco anos deste tempo. Mas, conforme preceitua o artigo 13<sup>38</sup>, o certificado não trará benefício superior a cinco anos de duração.

Como o certificado gera um direito acessório, caso a patente expire antes de seu prazo pré-determinado (revogação, anulação, abandono...), o certificado seguirá o principal<sup>39</sup>.

Com a mesma finalidade indenizatória dos EUA e da Comunidade Europeia, a legislação japonesa nº 121/59<sup>40</sup>, em seu artigo 67, (2)<sup>41</sup> e 67, bis, concede a extensão SPC. Seguindo ao paradigma "internacional", o certificado não ultrapassará cinco anos.

Só poderá ser pleiteada a concessão do certificado caso o tramite perante o órgão sanitário ultrapassar o período de dois anos, e se estenderá pelo prazo exato em que a autorização governamental serviu de empecilho. Da mesma forma que a legislação europeia, o artigo 68, bis<sup>42</sup>, da legislação japonesa delimita a extensão conferida pelo certificado que equivalerá - nunca ultrapassando - ao produto autorizado, com suas especificações.

No Brasil, o artigo 2º, da Lei 9.279, destaca que a tutela dos direitos relativos à propriedade industrial efetua-se considerando "*interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País*".

---

<sup>38</sup> "The certificate shall take effect at the end of the lawful term of the basic patent for a period equal to the period which elapsed between the date on which the application for a basic patent was lodged and the date of the first authorization to place the product on the market in the Community reduced by a period of five years." 2. "Notwithstanding paragraph 1, the duration of the certificate may not exceed five years from the date on which it takes effect."

<sup>39</sup> Vide artigo 15.

<sup>40</sup> Tendo sido emendada, pela última vez, em 14.12.1994.

<sup>41</sup> "The term of the patent right may be extended, upon application for registration of an extension, by a period not exceeding five years if, because of the necessity of obtaining an approval or other disposition which is governed by provisions in laws intended to ensure safety, etc. in the working of the patented invention, and which is provided for in Cabinet Order as being such that, in view of the object of the relevant disposition, proceedings, etc., a considerable period of time is required for the proper action for the disposition, it was not possible to work the patented invention for two years or more."

<sup>42</sup> "The effects of the patent right of which the term has been extended [including cases in which the term is deemed to be extended under Section 67bis(5)] shall not extend to acts other than the working of the patented invention concerned in respect of the product (where, in the disposition concerned, any specific use of such product to be used was specified, the product used for such specific use) which was the subject of the disposition as provided for in Cabinet Order referred to in Section 67(2) and as being the ground for the registration of the extension".

Dentro desta concepção visando o interesse social em estimular a propriedade industrial, o legislador estabeleceu limites temporais definidos no artigo 40 da LPI.

Ainda na Lei da Propriedade Industrial, o artigo 229-C não garantiu nenhuma benesse ao administrado que estivesse sujeito a sua específica disposição.

Por sua vez, a Lei 6.360/76, ao determinar que os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos estariam sujeitos às normas da vigilância sanitária, não dispôs sobre qualquer prazo complementar à vigência dos privilégios de invenção.

Da mesma forma, as Leis 8.080/90 e 9782/99, não têm qualquer estipulação normativa quanto à concessão de prazo suplementar no tocante aos procedimentos regulatórios existentes sobre o objeto de controle da ANVISA.

*“A lei brasileira não prevê a concessão de um “Certificado Complementar de Proteção”, como previsto na lei francesa”* (PHILLIP, 2006, p.75). Com essas considerações, percebe-se que o INPI não pode conceder *ex officio* tal tipo de extensão, seja pelo princípio da legalidade (MEIRELES, 1983, p.60), seja em razão do interesse público primário:

*“A indisponibilidade dos interesses públicos significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a intentio legis”. “Em suma, o necessário – parece-nos – é encarecer que na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador”* (MELLO, 1992, p. 23)

Não obstante, o sistema *pipeline* permite a revalidação – tão somente – de *privilégios de invenção* estrangeiros, não comportando outros direitos de exclusiva peculiares ao ressarcimento próprio por danos administrativos causados alhures.

No Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ao contrário do que ocorreu com os pleitos fundados em *abandonos europeus de pedidos* ou em depósitos fincados em *continuations*, os precedentes sempre negaram os pleitos dos titulares<sup>43</sup>.

<sup>43</sup> “O § 4º do art. 230 da LPI toma por base o prazo remanescente de proteção da patente-base estrangeira, a partir da data de depósito no Brasil, demonstrando que este é o ponto de referência para exame das condições da patente originária para fins de eventual concessão da patente pipeline, não devendo ser consideradas ulteriores alterações, como a ocorrida no caso vertente. Ademais, o procedimento de concessão da patente pipeline perderia o encadeamento e a linearidade necessários à consecução de seu objeto se toda prorrogação de vigência concedida em relação a patente estrangeira - hipótese não contemplada pela legislação patentária brasileira – implicasse na necessidade de modificação do prazo da patente pipeline, o que geraria também evidente afronta à segurança jurídica”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma Especializada, AC 2007.51.01.800716-1, Des. Liliâne Roriz, decisão unânime publicada no DJ 25.02.2011 “Também convém salientar que o citado dispositivo, ao tratar do prazo de vigência da patente revalidada no Brasil, instituiu uma proteção apenas pelo prazo remanescente da proteção no país onde houve o primeiro depósito, observado o prazo máximo de 20 anos previsto no artigo 40 da mesma lei. (...) Em consonância com o princípio da qualificação que informa o Direito Internacional Privado, a idéia conceitual do instituto da patente acolhida pela legislação brasileira, indissociável das noções de estado da técnica e da novidade, deve se impor ao que é disposto na lei estrangeira, de modo a afastar uma obrigatória correspondência biunívoca com o direito alienígena e se distanciar erroneamente do regime jurídico adotado no Brasil para o instituto antes mencionado”. (grifos nossos) **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**, Apelação em Mandado de Segurança, autos de nº 2003.51.01.540754-7, 2ª Turma Especializada, Rel. André Fontes, publicado em 02.04.2007. “O deferimento, nos termos da legislação estrangeira, de prorrogação da validade da patente originária não pode fundamentar a modificação do tempo de vigência da sua revalidação no Brasil, de modo a ultrapassar, inclusive, o limite de vinte anos contados do primeiro depósito no exterior (§ 4º do artigo 230 da Lei n.º 9.279-96 em interpretação conjunta com o caput do artigo 40 do mesmo diploma), pois, em consonância com o princípio da qualificação que informa o Direito Internacional Privado, a idéia conceitual do instituto da patente acolhida pela legislação brasileira, indissociável das noções de estado da técnica e da novidade, deve se impor ao que é disposto na lei estrangeira, de modo a afastar uma obrigatória correspondência biunívoca com o direito alienígena e se distanciar erroneamente do regime jurídico adotado no Brasil para o instituto antes mencionado” **Tribunal Regional Federal da 2ª Região** AI 201002010124896, 2ª Turma Especializada, Rel. André Fontes, publicado em 10.12.2010. “Outro ponto que merece relevo, é o da identidade entre o objeto da patente britânica GB 8607684 e o da patente europeia EP 0240228, constatação que, a rigor, inviabilizaria o deferimento desse último privilégio, sob pena de permitir a situação singular de coexistência de dois registros referentes ao mesmo objeto. Isso porque, dentro da premissa já traçada quanto à qualificação jurídica do instituto no Brasil, não se pode conceber que um diploma estrangeiro reconheça a substituição de um registro de patente por outro posterior, eliminando todos efeitos jurídicos daquele primeiro, inclusive no que se refere ao requisito da novidade. A meu sentir, muito embora a legislação alienígena adote conseqüências diversas para o fato e inexistência declaração de vontade de abandonar, a situação configurada nos autos é de abandono, pois não se podem ignorar os efeitos jurídicos do primeiro registro de modo que o registro subseqüente do mesmo invento (deferido, em tese, como substituição ao anterior), resultasse no retorno do statu quo ante. Com efeito, se já houve abandono da patente registrada, o seu objeto cai em domínio público, não havendo porque o novo depósito posterior do invento implicar uma superposição de situações que redundasse no desfazimento dos efeitos daquele ato de registro originário”. **Tribunal Regional Federal da 2ª Região** AI 201002010101306, 2ª Turma Especializada, Rel. André Fontes, publicado em 10.12.2010. “Ainda que em exame não exauriente da matéria, tenho para mim que o prazo de vigência concedido pelo artigo 230 § 4º da LPI, para a denominada patente pipeline, equivale ao prazo remanescente que a patente possua na data em que a lei entrou em vigor. Sem contemplar eventual prazo complementar, posteriormente, concedido pelo Estado Estrangeiro, máxime tendo o mesmo sido concedido mais de três anos após a data de depósito no Brasil, em 31 de janeiro de 2000”. (Grifos nossos) **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**, Agravo de Instrumento 2004.02.01.012855-5, 2ª Turma Especializada, Juíza

Convocada Sandra Meirim Chalu Barbosa de Campos, publicado em 06.09.2006, decisão unânime. “O conceito de prazo remanescente, para fins de aplicação do artigo 230 §§ 3º e 4º da LIP, deve se ater, unicamente, ao computo do prazo residual que a patente ainda possa ter no país de origem, na data da publicação do Decreto que incorporou o TRIPS (observado o limite máximo permitido de 20 anos), sem contemplar quaisquer outras circunstâncias, tais como, data de depósito de patente abandonada ou prazo suplementar eventualmente concedido” (grifos nossos) **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**, Apelação Cível 2005.51.01.507479-8, 2ª Turma Especializada, Des. Messod Azulay, publicado em 13.03.2007, decisão unânime. “DIREITO COMERCIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. PATENTE Pipeline. EXTENSÃO DO PRAZO DE VIGÊNCIA CONFERIDA NO EXTERIOR. MANUTENÇÃO DO PRAZO CONCEDIDO NO BRASIL. ARTIGOS 40 E 230, PARÁGRAFOS 1º, 3º E 4º, DA LEI Nº 9.279/96” **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**, Apelação em Mandado de Segurança nº 2001.02.01.001333-7, 1ª Turma Especializada, JC Guilherme Calmon, publicado em 22.08.2007, decisão unânime. “Além disso, no caso presente, houve seguidos pedidos de extensão de patente, obtidos sucessivamente até se obter a data limite de 03.04.2006 (fls. 363/365), após renúncia de direitos. Trata-se de mecanismo apenas previsto em legislação alienígena, em geral decorrendo de demora nos procedimentos autorizativos do medicamento e, ou seja, do produto coberto pela patente, sendo aplicação de regra do tipo “TRIPS-PLUS”, não incorporada pelo Direito Brasileiro e a cuja adesão, em sede internacional, o Brasil tem reiteradamente se oposto”. **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**, Apelação Cível nº 2001.51.01.524082-6, 1ª Turma Especializada, JC Márcia Helena Nunes, publicado em 13.12.2007, decisão unânime. “Ademais, verifica-se que, no caso vertente, a extensão do prazo de vigência da patente europeia deriva do fornecimento à autora do SPC/GB96/058 ou seja, certificado de proteção suplementar para produtos medicinais, de fls. 172/175 e ss., concedido com base em regras peculiares, no caso, o artigo 10 (1) da EEC Regulation nº 1768/92. Tais certificados são deferidos em função da demora no procedimento administrativo de autorização para comercialização do medicamento. Daí a sua extensão por tempo suplementar a se acrescer ao prazo original. Tal cláusula é de ser considerada “TRIPS-PLUS” e foi negociada com os países da Comunidade Andina, tendo o Brasil, até o presente momento, recusado a assinatura de qualquer acordo internacional nesse sentido. Aí pergunta-se: qual é a lógica de o Itamaraty recusar a extensão do prazo como compensação da demora de procedimentos administrativos e o Judiciário fazer colagem dessa extensão em patentes ditas pipelines? O raciocínio da autora afronta a lógica”. (grifos nossos) **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**, Apelação Cível de nº 2004.51.01.534562-5, 1ª Turma Especializada, JC Márcia Helena Nunes, publicado em 14.12.2007, decisão unânime. “A questão ventilada nos presentes autos é de “importação” de extensão de 5 (cinco) anos a uma patente que já contava com 20 (vinte) anos de vigência, perfazendo um total de 25 (vinte e cinco) anos, em compensação por demora em trâmites administrativos, o que não é previsto pela legislação brasileira e a cuja internalização como regra o Brasil tem se oposto nos fóruns internacionais”. (grifos nossos) **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**, Apelação Cível de nº 2006.51.01537945-0, 1ª Turma Especializada, JC Márcia Helena Nunes, publicado em 17.12.2007, decisão unânime. “O supramencionado dispositivo toma por base o prazo remanescente de proteção da patente-base estrangeira, a partir da data de depósito no Brasil, demonstrando que este é o ponto de referência para exame das condições da patente originária para fins de eventual concessão da patente pipeline, não devendo ser consideradas modificações posteriores”. (grifos nossos) **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**, Agravo de Instrumento nº 2007.02.01.002457-0, 2ª Turma Especializada, Dês. Liliane Roriz, publicado em 02.07.2007, decisão unânime. “O § 4º do art. 230 da LPI toma por base o prazo remanescente de proteção da patente-base estrangeira, a partir da data de depósito no Brasil, demonstrando que este é o ponto de referência para exame das condições da patente originária para fins de eventual concessão da patente pipeline, não devendo ser consideradas posteriores alterações, como a ocorrida no caso vertente, em que a prorrogação do prazo de vigência no exterior se deu em 01/04/2002, enquanto que o depósito no Brasil, como já mencionado, aconteceu em 30/04/1997, aproximadamente 5 (cinco) anos antes”. (grifos nossos) **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**, Apelação em Mandado de Segurança nº 2004.51.01.534005-6, 2ª Turma Especializada, Dês Liliane Roriz, publicado em 02.07.2007, decisão unânime. “O “Supplementary Protection Certificate” é um instituto da legislação patentária de alguns países europeus que o concede como compensação pela demora na comercialização de produtos farmacêuticos e afins, em face das exigências lá também existentes de exames pelos órgãos públicos. Tal instituto além de não existir no Brasil, confere uma proteção patentária extra, adicionando um tempo maior do que o que o Brasil adotou. Em várias tratativas de acordos internacionais, nosso país negou-se a concordar em adotar o

Na mesma toada, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça passou a negar – em alguns feitos, inclusive, monocraticamente – tal espécie de pleito de extensão<sup>44</sup>.

citado instituto. Não poderia, assim, o Judiciário endossar a prática de tal adoção, contrariando a decisão soberana dos representantes legais no Brasil perante as reuniões internacionais relativas à propriedade industrial”. **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**, Apelação em Mandado de Segurança nº 2005.51.01.507620-5, 1ª Turma Especializada, JC Márcia Helena Nunes, publicado em 10.04.2008, decisão unânime. “Assim, eventual prorrogação do prazo de proteção conferido às patentes originárias no exterior, após a data do depósito no Brasil, não tem o condão de modificar o prazo de proteção estabelecido para as patentes de revalidação”. **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**, Apelação Cível nº 2005.51.01.524387-0, 1ª Turma Especializada, JC Aluísio Mendes, publicado em 25.04.2008, decisão unânime. “No caso em comento, considerando que a data do primeiro depósito no exterior, correspondente à patente inglesa GB 9216009.2 é 28/07/1992, correto o ato administrativo praticado pelo INPI que validou a patente intitulada “COMPOSTO, PROCESSO PARA A PREPARAÇÃO DO MESMO, COMPOSIÇÃO E USO DOS MESMOS” até 28.07.2012” **Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível nº 2006.51.01.524339-4, julgado pela 1ª Turma Especializada, Relator Marcelo Leonardo Tavares, publicado em 31.10.2008.** “Nesse particular, igualmente, asseverou acertadamente a Autarquia em seu recurso que “em nenhum momento a legislação brasileira prevê a figura da correspondência de prazos de vigência de patentes brasileiras – como, afinal, a patente ‘pipeline’ o é – com base em prorrogações de prazo de patentes no exterior, não cabendo, como é curial, ao intérprete da Lei fazê-lo, dada a autonomia de que dispõe cada nação, ou bloco de países, para dispor sobre a matéria, observadas suas peculiaridades” (fls. 613)”. **Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível nº 2004.51.01.528975-0, julgado pela 1ª Turma Especializada, Relator Marcelo Granado, publicado em 22.04.2009.** “assim, o cerne da questão, diferentemente da maior parte dos casos, cinge-se em saber se o direito conferido pelo art. 230 da LPI autoriza o computo de prazo de extensão posteriormente concedido no país de origem. Por certo que não. Primeiro, porque o sistema jurídico patentário brasileiro não admite extensão de prazo de patentes sob nenhuma circunstância. Segundo, porque o depósito da patente no Brasil foi efetuado em 05/09/96, restando claro nos autos que a correspondente europeia tinha, naquela data, prazo de caducidade fixado em 05/06/2004 e não em 04/06/2009, com assevera a Apelante. Terceiro, porque o reconhecimento do prazo complementar, no caso, importaria em aceitar que um benefício patentário possa ultrapassar o prazo de 20 anos, hipótese que repugna às normas cogentes. E quarto - como já se disse no Agravo de Instrumento nº 2004.02.01.012855-5, interposto com o fito de antecipar os efeitos da tutela, e negado por maioria por esta e. Turma – a extensão em questão foi concedida sem nenhuma garantia do Estado Suíço” **Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível nº 2004.51.01.528976-2, julgado pela 2ª Turma Especializada, Relator Messod Azulay, publicado em 10.07.2009.** “A legislação alemã apresenta certas peculiaridades, que são típicas, aliás, de um país gerador de tecnologia, que sempre busca formas de dar proteção mais efetiva às patentes de seus inventores. O sistema de prorrogações, previsto no direito alienígena, é, entretanto, incompatível com o sistema brasileiro de patentes, não sendo, por conseguinte, possível aplicá-lo em nosso país, vez que: (i) esses acréscimos não são previstos na legislação brasileira; (ii) vigora, no âmbito da propriedade industrial, o princípio da territorialidade; e (iii) não é razoável aplicar no Brasil aspectos específicos e peculiares da legislação alienígena”. **Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível nº 2005.51.01.507517-1, julgado pela 2ª Turma Especializada, Relatora Liliane Roriz, publicado em 08.10.2009.**

<sup>44</sup> “As patentes pipelines são transitórias e equivalem a uma revalidação, no Brasil, da patente de produtos em desenvolvimento concedida no exterior, observados os requisitos impostos naquele território, no momento do depósito da revalidação. 3. Por isso que eventuais modificações supervenientes na legislação do país de origem, notadamente em relação ao prazo, não implicam prorrogação da proteção conferida, no Brasil, no momento da análise dos requisitos de concessão da patente pipeline, pois inexistia previsão legal específica nesse sentido. 4. Com efeito, as patentes pipelines são incorporadas ao direito brasileiro a partir do momento de sua concessão, motivo pelo qual o parâmetro temporal de sua proteção deve ser auferido no momento do depósito, sendo considerado, para tanto, o prazo de proteção conferido pela norma estrangeira naquele momento. 5. A interpretação ampliativa do § 4º, art. 230, Lei 9279/96, a fim de equiparar a proteção conferida a patentes de revalidação aos prazos e condições estatuídas pelo direito estrangeiro após a sua concessão, como pretende o ora recorrente, importa em violação ao princípio da independência das patentes,

Outrossim, tem-se que os Certificados de Prazo Suplementar não influem em nada na patente *pipeline* nacional, pois: a) não tendo natureza jurídica de privilégio de invenção, é irrelevante para os efeitos do art. 230, em sua aplicação restrita; b) sendo posterior à admissão da patente estrangeira como nacional, estará fora do escopo do *pipeline*, tendo em vista que esse prazo suplementar não *remanescia* à data do ingresso do título estrangeiro como nacional.

Conclui-se, pois, que este instituto não merece aplicação no nosso ordenamento, seja pela falta de previsão, seja porque seus pressupostos não têm correspondência no direito brasileiro, ou mesmo porque viola o princípio da independência das patentes, que desvincula a patente concedida daquela que lhe deu origem (com relação a causas supervenientes), a partir do depósito no Brasil.

## **7. Dos depósitos de patentes realizados antes de 1995**

Além das disputas judiciais incidentes sobre a hermenêutica do parágrafo 4º, do artigo 230 da Lei 9.279/96, a interpretação do artigo 229-A das disposições transitórias, gerou diversos litígios.

---

bem como a própria soberania do país”. Superior Tribunal de Justiça, ª Turma, Min. Luis Felipe Salomão, RESP 1165845, DJ 23.02.2011. “Naquela ocasião, sustentei que a interpretação mais coerente do art. 230 da Lei nº 9.279/96 é a de que a revalidação patentária *pipeline* é conferida “pelo prazo remanescente que a patente tem no exterior, a contar do primeiro depósito do pedido de proteção da patente, e não da concessão da patente no exterior”, tampouco “do último depósito no país de origem”. Com efeito, essa é a exegese que melhor sistematiza os dispositivos da Lei de Propriedade Industrial e do Acordo TRIPS sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio, tendo em vista inclusive “o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”, como determina o art. 5º, XXIX, da CF, bem como a interpretação restritiva a que está sujeita a norma em questão, dado o caráter excepcional da proteção *pipeline*, concedida graciosamente pela legislação nacional. Essa posição foi confirmada pelo STJ em julgamentos recentes, do que são exemplo os REsp 731.101/RJ, 2ª Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 19.05.2010; e 1.145.637/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina, DJe de 08.02.2010. Dessa forma, não vislumbro ofensa ao art. 230, § 4º, da LPI”. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Min. Nancy Andrighi, RESP 1192841, J. 16.12.2010. “Com efeito, este Tribunal Superior pacificou o entendimento de que o prazo de proteção da patente *pipeline* - o qual incidirá a partir da data do depósito do pedido de revalidação no Brasil - deve ser o remanescente que a patente originária tem no exterior, contado, a seu turno, a partir da data do primeiro depósito realizado, ainda que abandonado, visto que a partir de tal fato já surgiu proteção ao invento” Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Min. Vasco della Giustina, RESP 1131808, DJ 09.12.2010. “Com efeito, este Tribunal Superior pacificou o entendimento de que o prazo de proteção da patente *pipeline* - o qual incidirá a partir da data do depósito do pedido de revalidação no Brasil - deve ser o remanescente que a patente originária tem no exterior, contado, a seu turno, a partir da data do primeiro depósito realizado, ainda que abandonado, visto que a partir de tal fato já surgiu proteção ao invento” Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Min. Vasco della Giustina, RESP 1132673, DJ 09.12.2010.

Para melhor compreensão do tema, insta registrar o *polêmico* dispositivo:

*Art. 229-A. Consideram-se indeferidos os pedidos de patentes de processo apresentados entre 1º de janeiro de 1995 e 14 de maio de 1997, aos quais o art. 9º, alínea "c", da Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971, não conferia proteção, devendo o INPI publicar a comunicação dos aludidos indeferimentos. (Incluído pela Lei nº 10.196, de 2001).*

Perante o Poder Judiciário Federal da 2ª Região foram ajuizados dezenas de processos<sup>45</sup> em que os titulares de pedidos de patentes, depositadas antes de 1995, cujo objeto engloba substâncias químicas, visam anular o ato administrativo do INPI que indeferiu a análise de mérito da tecnologia.

Alguns dos fundamentos autorais suscitados tangenciam a questão da época do exame do pedido, que teria ocorrido após a vigência do Acordo TRIPS, e, em alguns casos, após o advento da Lei 9.279/96

Nesse sentido, as empresas-autoras consignam a existência de um julgado do Supremo Tribunal Federal no qual foi averbado: "*Fato de ter sido o depósito feito à luz de legislação permissiva, não gera direito adquirido à obtenção da patente, a qual sujeita-se a Lei vigente à data de sua concessão*"<sup>46</sup>.

Segundo a tese esposada pelos demandantes, o julgado do STF – supostamente pertinente – teria sido inspirado no Princípio Geral do Direito "*tempus regit actum*", segundo o qual os atos são regidos pela Lei vigente ao seu exercício.

Portanto, embasando-se na inteligência de uma corrente jurisprudencial<sup>47</sup> na qual TRIPS seria plenamente aplicável desde 01.01.1995, o escopo dos pedidos de privilégio não seriam mais obstados pelo disposto no artigo 9º da Lei 5.772/71<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> Como exemplo, ressaltamos os seguintes casos: 2005.51.01.519828-1 e 200202010310579.

<sup>46</sup> Recurso Extraordinário de nº 93721, Rel. Min. Cunha Peixoto, DJ do dia 16.04.1982.

<sup>47</sup> Essa corrente foi predominante até 2007, quando a tendência se inverteu drasticamente. Como exemplo dos julgados que entendem pela aplicabilidade direta de TRIPS, exemplificamos: 2005.51.01.507229-7; 2004.02.01.002791-0; 2007.02.01.003573-6 e 2006.02.01.014475-2, todos originários do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

<sup>48</sup> Art. 9º Não são privilegiáveis: a) as invenções de finalidade contrária às leis, à moral, à saúde, à segurança pública, aos cultos religiosos e aos sentimentos dignos de respeito e veneração; b) as substâncias, matérias

Não obstante, um segundo argumento levantado cinge-se à impossibilidade jurídica de aplicar Lei posterior mais gravosa, uma vez que a Medida Provisória nº 2006, de 14.12.1999, teria alterado o dispositivo do artigo 229, da Lei 9.279/96, em prejuízo dos pretendentes ao privilégio.

Há de se registrar, nesse sentido, a existência de precedentes – ora ultrapassados – que embasam a tese dos titulares de tecnologia<sup>49</sup>. Nessa ótica, o Legislador teria agravado o direito de optar pelo procedimento *pipeline* ou continuar nos trâmites normais, determinando a escolha pela primeira opção.

Destarte, nessa perspectiva, outro Princípio Geral do Direito teria sido violado pela Autarquia Federal: o da irretroatividade da Lei prejudicial.

Em sentido diametralmente contrário, o INPI – em tais demandas – suscitou que, independentemente da hermenêutica aplicada, o Acordo TRIPs não trouxe direitos individuais; que em nenhum momento os pedidos indeferidos eram sujeitos à tutela patentária; e que os litigantes não fizeram uso da faculdade legal inserta no artigo 229 da Lei 9.279/96.

Em que pesem os aparentemente robustos argumentos que tratam de direito adquirido, Lei em vigor à época do exame, e irretroatividade de Lei mais gravosa, o sentido dos precedentes do Tribunal Regional Federal da 2ª Região oscilou e, hoje, é consolidada a jurisprudência no sentido de não dar provimento à espécie de pleito aqui evidenciada<sup>50</sup>.

ou produtos obtidos por meios ou processos químicos, ressalvando-se, porém, a privilegiabilidade dos respectivos processos de obtenção ou modificação; c) as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos, de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação;

<sup>49</sup> “Fixado isto, e considerando que a regra do efeito imediato e geral de uma norma justamente exprime a vontade de atuar “no momento mesmo em que se torna obrigatória”, estendendo-se “mesmo àquelas posições e àquelas relações jurídicas estabelecidas antes da sua promulgação”, era de rigor que o Instituto Apelado, por ocasião do exame e/ou reexame do pedido de privilégio de patente, houvesse observado os ditames legais previstos no Acordo TRIPs c/c com a Lei 9.279/96” Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível 2001.51.01.531698-3, 4ª Turma, Rel. Des. Rogério Vieira de Carvalho, decisão unânime, DJ 18.03.2004. “A propositura de ação declaratória configura-se adequada ao presente caso, em função de a autora buscar afastar dúvida a respeito da aplicação do art. 9º, “b” e “d” do antigo Código de Propriedade Industrial;- Tal dúvida, além de ser atual, objetiva e jurídica, acarreta a possibilidade de um prejuízo para a autora ora apelada, já que deve estar ciente de ser a sua invenção;- O INPI-apelante reconheceu o pedido feito pela parte autora, de forma expressa, alterando sua posição quanto ao pedido de patente efetuado, concluindo, em seu parecer, que não incidiria a proibição prevista no antigo CPI” Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível 96.02.37791-7, 6ª Turma, Rel. Des. Poul Erik Dyrlund, decisão unânime, DJ 18.06.2003.

<sup>50</sup> “Ao autor incumbia ter-se beneficiado da regra do artigo 230 da Lei nº 9.279-96, que possibilitava aos procedimentos administrativos relativos a pedidos de patente, com data anterior a 31 de dezembro de 1994,

se aproveitar do regramento constante na nova normatização legal; tratava-se, evidentemente, de uma faculdade. Porém, ao não se aproveitar desta faculdade, aplicável é a parte inicial do artigo 229 que expressamente exclui o objeto da presente lide das normas introduzidas pela Lei nº 9.279-96, fato este que inviabilizou a pretensão do autor”. (Grifos nossos) Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível 2001.51.01.538718-7, 6ª Turma Especializada, Rel. Des. André Fontes, decisão unânime, julgado em 17.11.2004. “Se o procedimento administrativo para obtenção de patente foi protocolizado sob a égide do Código da Propriedade Industrial (Lei 5.772-71) cujo objeto encontrava óbice no artigo 9º, alíneas b e c do mencionado Código da Propriedade Industrial, não tendo o seu depositante utilizado do prazo insculpido no artigo 230 da Lei 9279-96, legal é o ato administrativo que indeferiu o privilégio requerido”. (Grifos nossos). Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível 2002.51.01.507755-5, 2ª Turma Especializada, Rel. Des. André Fontes, decisão unânime, publicado em 13.03.2007. “Não há irregularidade no indeferimento de patente depositada em 29/11/94, data em que o acordo TRIPS ainda não estava em vigor, vigorando apenas a Lei 5.772/71, que negava registro a essa espécie de patente”. (Grifos nossos) Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível 2001.02.01.035647-2, 2ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Rel. Des. Messod Azulay, decisão unânime, julgado em 27.09.2005. “Se o procedimento administrativo para obtenção de patente foi protocolizado sob a égide do Código da Propriedade Industrial (Lei 5.772-71), cujo objeto encontrava óbice no artigo 9º, alíneas b e c do mencionado Código da Propriedade Industrial, não tendo o seu depositante utilizado do prazo insculpido no artigo 230 da Lei 9279/96, legal é o ato administrativo que indeferiu o privilégio requerido”. (grifos nossos) Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível nº 2005.51.01.519679-0, 1ª Turma Especializada, JC Márcia Helena Nunes, decisão unânime, publicado em 18.12.2007. “Inexistência de direito adquirido, invocado pela Apelante, se de um lado não obteria a patente se examinada ao tempo de seu depósito, segundo a regra proibitiva do CPI e, de outro, nem se valeu da prerrogativa criada pela LPI, dando a entender não poder suprir as condições previstas nos já aludidos artigos 230 e 231”. (grifos nossos) Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível nº 2006.51.01.530495-4, 1ª Turma Especializada, JC Márcia Helena Nunes, decisão unânime, publicado em 12.12.2007 “Dessa forma, os titulares de pedidos em andamento junto ao INPI tinham a obrigação de se adaptar aos preceitos do art. 230 ou do art. 231, da LPI, conforme a hipótese. Quem não exerceu tal faculdade caiu na regra da Medida Provisória nº 2.014-10, posteriormente convertida na Lei nº 10.196/2001, que dispunha que os pedidos relativos aos titulares que não se adaptassem, na forma dos artigos supramencionados, seriam considerados indeferidos ex lege, para todos os efeitos” (grifos nossos) Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível nº 2005.51.01.524754-1, 2ª Turma Especializada, Dês Liliane Roriz, decisão unânime, publicado em 25.01.2008 “Advindo a LPI (Lei 9.279/96), a alternativa para a patenteabilidade seria o atendimento ao disposto nos artigos 229, 230 e 231, via de que não se valeu a depositante, já que não abandonou o primeiro pedido para fazer outro requerimento tipo “pipeline”, no prazo e nas condições previstas”. (grifos nossos) Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível nº 2005.51.01.519680-6, 1ª Turma Especializada, JC Márcia Helena Nunes, decisão unânime, publicado em 14.12.2007 “Quem não exerceu tal faculdade caiu na regra da Medida Provisória nº 2.014-10, posteriormente convertida na Lei nº 10.196/2001, que dispunha que os pedidos relativos aos titulares que não se adaptassem, na forma dos artigos supramencionados, seriam considerados indeferidos ex lege, para todos os efeitos” (grifos nossos) Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível nº 2005.51.01.519385-4, 2ª Turma Especializada, Dês Liliane Roriz, decisão unânime, publicado em 25.01.2008. “Para que alcançasse a proteção pretendida, o requerimento de patente depositado em 1993, referente a produtos não privilegiáveis à época, dependia do cumprimento da exigência do artigo 230 da Lei nº 9.279-96, qual seja, o depósito de procedimento de revalidação condicionada de patente estrangeira (pipeline) no prazo de 1 (um) ano contado da publicação do mencionado diploma.” (grifos nossos) Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível 2005.51.01.51909-1, 2ª Turma Especializada, Rel. Des. André Fontes, decisão unânime, publicado em 11.12.2007. “Invocação do TRIPS que, em verdade, não protege a Apelante, pois o art. 70.I dispõe: “Este Acordo não gera obrigações relativas a atos ocorridos antes de sua data de aplicação para o respectivo Membro. Inexistência de direito adquirido, invocado pela Apelante, se de um lado não obteria a patente se examinada ao tempo de seu depósito, segundo a regra proibitiva do CPI e, de outro, nem se valeu da prerrogativa criada pela LPI, dando a entender não poder suprir as condições previstas nos já aludidos artigos 230 e 231”. (grifos nossos) Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível 2005.51.01.519773-2, 1ª Turma Especializada, Rel. JC Márcia Helena Nunes, decisão unânime, publicado em 11.03.2008. “Desta forma, em que pesem os argumentos

Recentemente, um precedente do Superior Tribunal de Justiça veio a apreciar a contenda, tendo “homologado” a corrente predominante do Tribunal Regional Federal, no sentido de prestigiar o ato administrativo do INPI<sup>51</sup>.

desenvolvidos pela Apelante, em nada foram abalados os fundamentos da sentença, quer pelo que acima foi aludido, quer porque a alteração da Lei 9.279/96, primeiro pela MP 2006 e, depois, pela MP 2014-3/2000, depois convertida na Lei nº 10.196/2001, não alterou a situação nem prejudicou nenhum suposto direito da apelante bem como porque o invocado Acordo TRIPS – Acordo de natureza comercial e, se entendido como Tratado, tendo a natureza contratual entre os Países-Membros que o aprovaram, determinando que venham a legislar para ocorrer a internalização de suas regras, de forma que, por necessitar de regulamentação, não cria direitos diretamente em face de particulares, não sendo, no que diz respeito à hipótese em exame, auto-aplicável, como bem coloca a douda sentença recorrida, de forma alguma beneficiando a Apelante, ao contrário do que a mesma pretende”. (grifos nossos) Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível 2005.51.01.519897-9, 1ª Turma Especializada, Rel. JC Márcia Helena Nunes, decisão unânime, publicado em 02.04.2008. “Dessa forma, os titulares de pedidos em andamento junto ao INPI tinham a obrigação de se adaptar aos preceitos do art. 230 ou do art. 231, da LPI, conforme a hipótese. Quem não exerceu tal faculdade caiu na regra da Medida Provisória nº 2.014-10”. (grifos nossos) Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível nº 2005.51.01.519828-1, 2ª Turma Especializada, Dês Liliane Roriz, decisão unânime, publicado em 09.05.2008. “Assim, no caso concreto, conclui-se que o impetrante não fez uso da prerrogativa que lhe era conferida pelos artigos 230 e 231, no sentido de reivindicar, dentro do prazo de 01 (um) ano e através de instrumento específico, a proteção a substâncias, matérias, ou produtos obtidos por meios ou processos químicos, sendo aplicável, portanto, em razão de expresse comando, a norma prevista no artigo 229, da nova LPI” (grifos nossos) Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação em Mandado de Segurança de nº 2002.02.01.020942-0, 1ª Turma Especializada, Rel. JC Aluísio Castro Mendes, decisão unânime, publicado em 30.06.2008. “Os dispositivos de transição previstos na LPI vieram condicionar o deferimento dos pedidos em andamento às normas contidas nos arts. 230 e 231 e, a despeito do termo utilizado – poderá –, a natureza das exigências feitas tinham conotação de ônus e não de uma faculdade”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível de nº 2004.51.01.534725-7, 1ª Turma Especializada, Rel. JC Leonardo Tavares, decisão unânime, publicado em 30.09.2008. “A prescrição legal não afronta o texto constitucional e é plenamente aplicável ao caso concreto, representando, sim, medida de economia no julgamento dos pedidos de patente formulados. Se havia proibição para o registro da patente, o pedido seria juridicamente impossível, sendo natural o seu indeferimento. O legislador ressaltou, apenas, que, se fosse o caso, caberia, sim, a possibilidade prevista no art. 230 da nova LPI, desde que, naturalmente, houvesse o preenchimento das condições”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação em Mandado de Segurança de nº 2004.51.01.511971-6, 1ª Turma Especializada, Rel. JC Aluísio Castro Mendes, decisão unânime, publicado em 14.11.2008. “De outro lado, não se pode olvidar, no caso dos autos, a incidência do artigo 230 da Lei nº 9.279-96, que estabeleceu a possibilidade de ser depositado, perante o INPI, procedimentos administrativos relativos a pedidos de patente de invenção que, sob a égide da Lei nº 5.772-71, encontravam empecilho de privilégio nas alíneas “b” e “c” do artigo 9º. Para tanto, foi normatizado procedimento específico, com prazo certo para gozo, isto é, de 1 (um) ano a contar da publicação da Lei nº 9.279-96, tendo seu término em 14 de maio de 1997. Tratava-se de opção outorgada pela lei aos detentores de procedimentos administrativos relativos a pedidos de patente de invenção com protocolização anterior a 31 de dezembro de 1994, que não obteriam êxito se ainda vigente a Lei nº 5.771-72”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível 2000.51.01.017758-8, 2ª Turma Especializada, Rel. Des. André Fontes, decisão unânime, publicado em 09.01.2009.

<sup>51</sup> “Dessa forma, não se trata, como pretende fazer entender a recorrente, de obrigatoriedade de conversão do pedido ordinário, depositado em 1992, em um pedido extraordinário, conforme as regras da patente pipeline previstas na Lei 9.279/96. Cuida-se, em verdade, de uma faculdade, que, em virtude das peculiaridades do caso ora em análise, configurava a única possibilidade da parte em ver protegida sua patente, pois, com base na lei anteriormente aplicável, a concessão do pedido não seria possível. Portanto, o fato da ora recorrente não poder cumprir os requisitos impostos pelo procedimento da patente pipeline e, conseqüentemente, não poder realizar um novo depósito, cuja obrigatoriedade sequer restou configurada no caso ora em análise, não implica violação ao art. 229 da Lei 9.279/96”. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Min. Luis Felipe Salomão, RESP 1096434, DJ 18.11.2010.

Com relação ao *meritum quaestionis*, não há razão jurídica hábil aos bem construídos argumentos dos titulares da tecnologia. Factualmente, a Medida Provisória, convertida em Lei 10.196/2001, apenas explicitou o lógico efeito jurídico de um depósito – de matéria imprevisível por parte do antigo regime – realizado em data pretérita a Lei 9.279/96.

Caso os titulares desejassem proteger seus inventos, deveriam ter seguido o procedimento *pipeline*. Entretanto, a impressão gerada de tais precedentes é que seus titulares já haviam posto o produto – objeto do pedido da tecnologia – no mercado e, tendo em vista o proibitivo do artigo 231 ( “desde que seu objeto não tenha sido colocado em qualquer mercado”) , não receberiam a tutela excepcional.

Tal *ratio*, entretanto, não implica dizer que tais hipóteses deviam ser objeto de tutela de *exclusiva*, tendo em vista seu ingresso no, incondicional, domínio público.

Portanto, temos que a jurisprudência hodierna, na linha do axioma segundo o qual o “*Direito não socorre aos que dormem*”, não contempla a patenteabilidade dos depósitos anteriores a 1995 que não se valeram do instituto *pipeline*.

## 8. DA ANUÊNCIA PRÉVIA (VIDE NUNES BARBOSA, 2009)

Outro controvertido aspecto presente nas disposições transitórias da Lei 9.279/96, cuida da anuência prévia estipulada no artigo 229-C. Senão vejamos:

*Art. 229-C. A concessão de patentes para produtos e processos farmacêuticos dependerá da prévia anuência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA. (Incluído pela Lei nº 10.196, de 2001)*

Tal dispositivo veio a desagradar tanto *gregos* (leia-se titulares de tecnologia) quanto *troianos* (*rectius*, integrantes do INPI), ao estatuir uma revisão externa, nos pedidos de patente que envolvam matéria farmacêutica.

Nesse sentido, poucas vozes na propriedade industrial têm sido ouvidas no sentido de corroborar com a atuação da ANVISA, no que tange sua participação no processo concessório de patentes. Com exceção da própria

agência reguladora, há uma “unanimidade retumbante” que diverge da interpretação do dispositivo, da sua auto-aplicabilidade, e da intervenção “drástica” atribuída àquela que, supostamente, “*só deveria se manifestar quanto à saúde pública*”.

Ousamos discordar. Conforme a doutrina mais arrojada da propriedade industrial consigna,

*“todos os interessados têm o poder de manifestar-se perante um procedimento de patentes; mas a ANVISA, no tocante aos pedidos de patentes das áreas de sua competência, tem o dever legal de fazê-lo” (BARBOSA, 2006).*

Essa obrigação da ANVISA deriva de um princípio constitucional olvidado por muitos, mas de homérica importância, o axioma do tratamento igualitário. Nesse sentido, Aristóteles já afirmara que “*não sendo as pessoas iguais, não terão porções iguais*” (ARISTOTELES, 2007, p. 152).

Se o setor farmacêutico (e agroquímico) afeta o interesse público primário de maneira diferenciada, nada mais lógico que perpassasse por um procedimento diferenciado às demais espécies.

Um argumento falacioso que é corriqueiramente ouvido nos fóruns sobre o tema, é de que o INPI possuiria o “monopólio” na análise meritória dos direitos de propriedade industrial. Não parece que a Carta Magna assim o quis.

A distribuição de competências é feita para - dentro do movimento Estatal de descentralização - otimizar a atuação administrativa na batuta do axioma da eficiência. No entanto, o Supremo Tribunal Federal em caso recente reportou que um órgão pode deter, primariamente, o poder para o exercício de um dever constitucional sem, no entanto, vedar a concorrência d’outro<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> Supremo Tribunal Federal, Min. Celso de Mello, HC 89837/DF, DJ 20.10.2009: “A cláusula de exclusividade inscrita no art. 144, § 1º, inciso IV, da Constituição da República - que não inibe a atividade de investigação criminal do Ministério Público - tem por única finalidade conferir à Polícia Federal, dentre os diversos organismos policiais que compõem o aparato repressivo da União Federal (polícia federal, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal), primazia investigatória na apuração dos crimes previstos no próprio texto da Lei Fundamental”.

A atividade cooperativa do INPI com a ANVISA visa à maximização da cautela no momento de privar, por um longo tempo, toda a sociedade de uma determinada tecnologia, e, dessa forma, atinge *“uma atuação coordenada entre esta e o INPI, de modo a garantir melhores padrões técnicos no processo de decisão de patentes farmacêuticas”*<sup>53</sup>.

A vetusta ótica de que a patente era uma garantia do proprietário contra a “sociedade” está ultrapassada. Hoje *“o direito se mostra em relação a outro, para operar um juízo de inclusão e respeito”* (FACHIN, 2003, p. 160).

Não há maior “respeito” à sociedade do que a vinculação da causa e seu efeito, do sinalagma da contribuição privada para o avanço tecnológico e da sua contrapartida “privilegiada”.

Por sinal, alguns precedentes<sup>54</sup> pretorianos não têm se distanciado de tais premissas, pois

*“uma interpretação correta do artigo 229-C nos leva a conclusão de que a anuência da ANVISA para a concessão de uma patente no âmbito farmacêutico, deve corresponder a análise dos requisitos de patente, eis que a verificação de ser ou não produto e/ou processo de patente nocivo a saúde já se encontram previstas pela lei criadora da ANVISA. Entender ao contrário é tornar morta a letra da lei” Sentença na AO 2004.51.01.517054-0, 35ª Vara Federal, JF Daniela Pereira Madeira, DJ 10.12.2007.*

Em tal esteira, em recente julgado da 5ª Vara Federal do Distrito Federal, sentenciou-se na conclusão de

*“que o objetivo do legislador ordinário, ao acrescentar o art. 229-C à*

<sup>53</sup> Sentença na AO 2004.51.01.530033-2, 39ª Vara Federal, JF Flávia Heine Peixoto, DJ 04.07.2007. Ou, ainda, “de forma que a análise se faça mais criteriosa e técnica dos requisitos de patenteabilidade” in Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Turma Especializada, AMS 200451015138541, JC Márcia Helena Nunes, DJ 31.07.2008.

<sup>54</sup> “Muito menos há razão no argumento de que o exame dos requisitos da patente caberia apenas ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI. Isso porque a norma que criou a autarquia federal (Lei n.º 5.648-70) em nenhum momento conferiu exclusividade a essa atribuição, restringindo-se apenas dispor que “O INPI tem por finalidade principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial [...]” (artigo 2.º). E, mesmo que se entendesse como exclusiva tal atribuição, não existiria nenhum óbice à derrogação da Lei n.º 5.648-70, no que tange as patentes de medicamentos, pela Lei n.º 10.196-2001, que instituiu tal anuência a ser proferida pela ANVISA.(...) A meu ver, trata-se de atuação cooperativa, determinada em lei, entre dois órgãos da administração para congregar suas respectivas experiências e imprimir maior rigor e exatidão ao procedimento de deferimento de privilégio em área que sabidamente envolve conhecimentos técnicos complexos”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma Especializada, Voto Vista – vencido - do Des André Fontes, AC 2004.51.01.517054-0, DJ 07.05.2010.

*Lei n. 9.279/96, era de assegurar um mínimo de proteção, com mais rigor na análise de concessões passando pelo crivo duplo de duas entidades técnicas, ante a debatida e discutível incompatibilidade do novo regime de patentes introduzido por aquela norma. Por outro ângulo, soa razoável a decisão do legislador ordinário que, diante da complexidade do tema, procurou resguardá-lo, tornando o ato administrativo um ato complexo, a necessitar da apreciação de ambas as autarquias, a fim de assegurar maior garantia à concessão dos produtos farmacêuticos, protegendo, assim, indiretamente, o acesso dos consumidores de medicamentos” Sentença no MS 36427-98.2009.4.01.3400, 5ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, JF Paulo Ricardo de Souza Cruz, julgado em 11.03.2011.*

Não obstante, a corrente que vislumbra esvaziar os efeitos do dispositivo viola o princípio da legalidade<sup>55</sup>, e, de fato “*não se pode pretender retirar [da ANVISA] a competência que lhe foi atribuída por lei*”<sup>56</sup>.

Na ótica da vertente crítica à dupla análise meritória dos privilégios, o artigo 229-C da LPI serviria como um controle prévio das atividades sanitárias, como se estas bastassem ao crivo do direito de exclusiva.

Essa confusão entre patente e autorização sanitária é - por muitos - bem quista, e conhecida internacionalmente como *linkage*. Tal pretensão, inteiramente inconstitucional<sup>57</sup>, permitiria que ao prazo de exclusividade da patente fosse adicionado o lapso pela morosidade do órgão estatal em conceder a autorização de comercialização, sempre após a vigência da patente.

Já no foco da averbada “*perda de poder*” pelo INPI, as alegações sempre se consubstanciam em aspectos mais afeitos a vaidade, ao voluntarismo, do que à argumentação jurídico-democrática. Não são, factualmente, “razões” oponíveis à inteligência do ordenamento jurídico pátrio que visa o *welfare* social.

---

<sup>55</sup> “Se o juiz tivesse a possibilidade de julgar o caso concreto de acordo com a própria visão de mundo, subtraindo-se ao respeito ao Parlamento e ao Executivo, não existiria motivo para o primeiro, de fazer as leis, para o segundo, de emanar regulamentos ou outras disposições com força de lei”, in PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Editora Renovar; Rio de Janeiro, 2007, p.42.

<sup>56</sup> Na íntegra: “Nunca é demais dizer que a própria Lei nº 9.279, de 14.5.1996, com a modificação trazida pela Lei nº 10.196/01, em seu art. 229-C, outorgou competência à ANVISA para previamente analisar os requisitos legais e anuir na patenteabilidade de produtos e processos farmacêuticos, o que não pode ser diferente no caso dos autos. Assim, não se pode pretender retirar desse órgão a competência que lhe foi atribuída por lei”. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 5ª Câmara de Direito Privado, Des. Silvério Ribeiro, AI 453.213-4/801, DJ 12.06.2006.

<sup>57</sup> Por violar o princípio da livre concorrência, já afetado pela patente, incidiria contra o prisma da proporcionalidade.

Por outro lado, há aqueles que entendem que a atividade cooperativa entre *autarquias* não vincularia o INPI, quanto à decisão final acerca da concessão patentária<sup>58</sup>.

Não obstante, há entendimentos que defendem a ilogicidade da *concorrência* de órgãos autárquicos na decisão *monotemática* sobre o preenchimento dos requisitos legais patentários<sup>59</sup>.

Em outros julgados que não concebem tal *dupla atividade coordenada*, suscita-se a incidência do controle da ANVISA limitada à apuração sobre eventual conteúdo nocivo à saúde pública<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> “Note-se que a lei não concedeu ao INPI nenhuma exclusividade no que respeita ao exame de patenteabilidade (...) no sentido de atribuir a outra entidade pública, que não o INPI, a competência para o exame das condições de patenteabilidade”.... “De pronto se percebe a desnecessidade de se regulamentar o citado dispositivo, nos termos em que propõem as autoras..” “é constitucional a regra que prevê a anuência da ANVISA à concessão de patentes nesse campo específico de produção de medicamentos”. “Conflitos de atribuições de órgãos públicos veiculadas por Lei ordinária resolvem-se pelo critérioda lei posterior” “A ANVISA não pode simplesmente negar anuência por ausência de algum ou alguns dos requisitos previstos em lei (novidade, atividade inventiva e aplicação industrial) se a lei nova não oferecer oportunidade para a manifestação da parte requerente (...)” “E quanto às condições de patenteabilidade? (...) se a ANVISA, por corpo técnico, concluir pela inexistência de uma ou mais condições (...) tem obrigação legal (...) de encaminhar ao INPI suas conclusões, mas, nesse caso, não há vinculação do INPI ao parecer”. Seção Judiciária Federal do Rio de Janeiro, Sentença na AO 2005.51.01.500427-9, JF Guilherme Bollorini, 35ª Vara Federal, DJ 10.12.2007.

<sup>59</sup> “Assim, as normas legais devem ser interpretadas e executadas dentro de limites que a integram ao arcabouço jurídico da nação, como um todo, e não isoladamente, conciliando-as entre si, de forma a assegurar com eficiência a realização do bem comum, sem contudo comprometer as garantias do Estado de Direito. Ora, não me parece razoável ou eficiente que o legislador pretendesse que dois órgãos públicos – o INPI e a ANVISA – apreciassem concomitantemente os requisitos de patenteabilidade previstos na Lei de Propriedade Industrial, até mesmo porque estaria possibilitando a criação de situações de incompatibilidade extremas, nos casos de opiniões divergentes insuperáveis entre os órgãos, como é o caso da segunda patente. A meu ver, interpretar a norma com razoabilidade é entender que cabe à ANVISA, por ocasião de sua anuência prévia, dizer se há algum óbice, na área de saúde pública, à concessão da patente, isto com base no disposto na Lei n. 9.782/99 e na medida de sua competência (...). Por óbvio que, ao fazer essa análise – e diante do grande banco de dados na área de medicamentos que a ANVISA detém –, deparando-se com um parecer do INPI pela patenteabilidade, mas sabendo existir uma anterioridade não detectada pelo órgão patentário, deve a vigilância sanitária informar o fato ao INPI que é quem deve fazer a análise final da novidade. Não é, pois, o caso nem de novo exame de patenteabilidade, nem de novo exame de saúde pública. Assim, guardo sólida convicção de que a intenção do legislador ao instituir a figura da “anuência prévia” não foi a de suprimir as competências originárias do INPI, nem tampouco a de criar dupla análise dos requisitos de patenteabilidade, foi somente na área farmacêutica. A meu ver, sua intenção foi a de imprimir mais eficiência e eficácia ao processo de análise desse tipo de patente, adicionando-lhe o crivo de técnicos originários de outro órgão do Executivo (ANVISA), capazes, por sua formação específica, de emitir pareceres sob o enfoque da saúde pública, informando caso exista algum empecilho técnico ao patenteamento”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma Especializada, Voto Vista da Des. Liliane Roriz, AC 2004.51.01.517054-0, DJ 07.05.2010.

<sup>60</sup> “A verdade é que nada na redação do artigo autoriza a ilação, de que a “prévia anuência” da ANVISA possa abranger matéria que fuja à sua área de especialização, referente, p. ex., aos requisitos de patenteabilidade (art. 8º - atividade inventiva, novidade e aplicação industrial), e que a própria lei diz ser de competência exclusiva do INPI. Para que tal interpretação fosse possível, necessário que o texto do artigo a isso se referisse de forma expressa, transferindo para ANVISA a análise de tais requisitos, visto que conferência de atribuições não

Para acirrar os debates, recente parecer da Advocacia Geral da União (consubstanciado no feito autuado sob o nº 00407.005325/2008-71), de relatoria do Procurador Federal Marcelo de Siqueira Freitas, chancelado pelo Advogado Geral da União, opinou pela limitação da ANVISA – para efeitos do artigo 229-C – no que cuida de eventuais danos à saúde pública.

Contudo, a ANVISA continua na análise meritória dos requisitos concessórios das patentes submetidas ao seu crivo, amparada pelo fato de que o parecer é não vinculante até eventual adesão pelo chefe do Poder Executivo Federal.

Pela complexidade da matéria, ante a ausência de jurisprudência (presentes, somente, precedentes contrários em igual número), e pelo crescente número de demandas questionando tal dispositivo, podemos registrar que o tema ainda está longe de qualquer pacificidade.

pode ser meramente deduzida, mas decorrente de texto expresso de lei (...) Ainda sem prejuízo do inicialmente exposto, discordo do Magistrado quando assevera que a matéria deduzida na lide dispensa a análise se a patente em questão é ou não de 2º uso (reivindicação pela fórmula suíça) – olvidando-se de entendimento já exarado neste Tribunal de que as patentes de 2º uso carecem de requisitos de patenteabilidade, não fazendo jus a concessão de privilégio, independente da forma como tenha sido requerida, ainda que sob a tutela do art. 230, do tipo pipeline”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma Especializada, Voto Vista do Des. Messod Azulay, AC 2004.51.01.517054-0, DJ 07.05.2010. “A verdade é que nada na redação do artigo autoriza a ilação, de que a “prévia anuência” da ANVISA possa abranger matéria que fuja à sua área de especialização, referente, p. ex., aos requisitos de patenteabilidade (art. 8º - atividade inventiva, novidade e aplicação industrial), e que a própria lei diz ser de competência exclusiva do INPI. Para que tal interpretação fosse possível, necessário que o texto do artigo a isso se referisse de forma expressa, transferindo para ANVISA a análise de tais requisitos, visto que conferência de atribuições não pode ser meramente deduzida, mas decorrente de texto expresso de lei”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma Especializada, Des. Messod Azulay, AC 2005.51.01.500427-9, DJ 06.05.2010. “O argumento da decisão agravada de que a soberania do Estado Brasileiro há de ser observada, mesmo em se tratando de patentes de revalidação, não tem procedência, pois foi o próprio Brasil que, regulamentando o direito previsto no art. 5º, XXIX, da CF, editou a Lei 9.279/96 estabelecendo regime de proteção transitório para invenções já depositadas no exterior, mas não no Brasil em face da restrição do regime legal anterior, tendo como escopo precisamente o desenvolvimento do País na área da saúde. Isso porque, a curto prazo, pode parecer que a ausência de proteção patentária favoreça ao consumidor, na medida em que elimina a remuneração do inventor e amplia a concorrência, mas a médio e longo prazo inibem a entrada no mercado brasileiro de descobertas imprescindíveis ao progresso e a melhoria das condições de vida da população, especialmente no mundo globalizado atual. Presente o *fumus boni iuris* da pretensão, o *periculum in mora* é manifesto, tendo em vista que o pedido de patente foi depositado há mais de 12 anos, já tendo sido declarado preenchedor dos requisitos legais pelo INPI desde 2004, sendo o seu prazo de validade é limitado a 20 anos a contar do primeiro depósito no exterior, prazo este insusceptível de extensão no caso de patentes pipeline conforme precedente do STJ citado neste voto (REsp. 1145637/RJ). Desta forma, a demora na tramitação do pedido administrativo – agora agravada por obstáculo injustamente criado pela ANVISA – não poderá ser reparada com a sentença de mérito, ficando a agravante privada de parte expressiva do prazo de vigência da proteção patentária que a Lei 9.279/96 lhe outorgou. Em face do exposto, dou parcial provimento ao agravo para determinar à ANVISA que proceda a nova análise do pedido de anuência prévia, atendo-se unicamente às suas finalidades institucionais (verificar eventual nocividade à saúde humana da invenção)” Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Des. Maria Isabel Galloti, AI 0000800-14.2010.4.01.0000/DF.

Por sinal, tais disputas – em muito – interessam aos titulares de tecnologia para, eventualmente, caso vitoriosos, venham a provocar o Poder Judiciário, novamente, em busca de prazo pertinente ao artigo 40, § único da Lei 9.279/96.

Por uma questão de segurança jurídica (concorrencial, no âmbito das compras públicas, e do direito do consumidor) uma célere decisão institucional conjunta seria – utopicamente – ideal.

Entretanto, uma recente e “exótica” sentença prolatada na 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, em feito autuado sob o nº 002972420.2010.4.01.3400, no qual uma multinacional pleiteava o deferimento de patente cujo medicamento é comercializado sob a marca SEROQUEL, obteve a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 229-C.

Na decisão, o juízo ressaltou que qualquer limitação pela legislação nacional à concessão de patentes conflitaria com o art. 4o, *quarter*, da CUP, e que, pela Lei instituidora do INPI, caberia à autarquia federal vincunalda ao MDIC, e não à ANVISA, a análise de patenteabilidade. Registrou, também, que a interpretação do art. 229-C sub *judice* demanda cautela tendo em vista possível desrespeito às normas internacionais o que levaria o país a uma inadimplemento.

Em seguida, em nítido erro técnico-jurídico na solução de conflitos aparentes de destacou que haveria incompatibilidade do art. 229-C, da LPI, perante o art. 4o, *quarter*, da Convenção União de Paris, o que teria resultado em sua indevida derrogação. Desse modo, como, segundo a sentença, a norma da CUP realizaria o comando constitucional protetivo do direito à patente como garantia constitucional, haveria uma inconstitucionalidade latente. Não obstante, tal disposição da LPI também estaria em confronto com o art. 27(1), 41(1) e (2) do TRIPS, uma vez que introduzira novo procedimento que importaria em morosidade não razoável, bem como inauguraria novo requisito não previsto para a concessão de patentes.

Ou seja, a única decisão, ainda mantida, – a que se tem notícia – no país acerca da incompatibilidade da anuência prévia, no mérito técnico das patentes, com a Carta Magna, é completamente despida de razoabilidade, além de confundir o critério hierárquico das normas (advindas de Convenções e Tratados internacionais sem o *status* ou conteúdo material que verse sobre Direitos Humanos).

O máximo que um conflito aparente de normas traria na hipótese seria: a) a abrogação ou revogação parcial da norma pretérita, para com a norma nova (pois ambas as três têm a mesma hierarquia); ou b) o convívio de todas mediante o critério da especialidade (que aparenta ser o caso).

Contudo, enquanto não pacificado o tema, salvo melhor juízo, a melhor interpretação da *mens legis* parece concluir que: a) a Anuência Prévia da ANVISA incide sobre o mérito dos requisitos de patente; b) a decisão sobre a concessão patentária deve ser unânime, sob pena de indeferimento; c) o objeto a ser analisado pela ANVISA não se limita às patentes *pipeline*; e d) interpretação limitativa da atuação da autarquia federal à apreciação, tão somente, de eventuais danos à saúde pública faria do artigo 229-C letra morta, pois tal atribuição já era de sua competência anteriormente à edição da norma.

Em recente seminário realizado na Câmara dos Deputados, no dia 29.05.2012, o Diretor Geral da ANVISA comunicou que, por deliberação interministerial, o procedimento concessório envolvendo patentes farmacêuticas irá ser alterado. Ao invés de submeter, primeiramente, a análise de mérito pelo INPI (como ocorre hoje em dia); após preenchidas as formalidades essenciais de depósito (junto ao INPI), os autos irão inauguralmente à ANVISA para, caso anua, passar, posteriormente, pelo crivo meritório do INPI.

Na prática, inverte-se a ordem dos fatores, mantendo-se o bom produto: maior controle sobre a concessão proprietária na área de saúde pública. Tal solução coaduna com a adequada realização da concessão ponderada e mantém o *geist* do art. 229-C, da LPI, razão pela qual, caso adotada, merece aplausos.

## **9. CONCLUSÃO**

Conforme se pode apurar, o instituto *pipeline* cuida de mecanismo excepcional previsto em disposição transitória da Lei 9.279/96 que buscou dar guarida à matéria já revelada, mas não tutelada na legislação anterior (Código da Propriedade Industrial Lei 5.772/71).

Confrontando com diversos valores e princípios constitucionais, as patentes de revalidação violam bem público de uso comum, cuida

de apropriação privada de *sermus communis omnium* sem qualquer indenização, importa em nítido prejuízo ao erário, à concorrência e aos interesses consumeristas.

Por sua natureza de exceção, merece hermenêutica cautelosa para que não se expanda indevidamente seu conteúdo e, especialmente, o prazo de vigência dos privilégios objetos de tal faculdade jurídica.

Não obstante completa inconstitucionalidade<sup>61</sup>, em especial por impactar direito adquirido individual, suprimir domínio público, aviltar o requisito constitucional da novidade<sup>62</sup>, os dispositivos deram azo ao abuso do direito de petição por parte de seus titulares, buscando em juízo práticas predatórias à concorrência e à livre iniciativa.

Com relação a sua interpretação integrativa, o primeiro depósito no exterior, para tal mister, portanto, é fundamental para que seja fixado lapso temporal derradeiro na cártula da patente *pipeline*, posto que à partir de tal ocorrência, esta não poderá perdurar além do prazo fixado no artigo 40 da LPI.

Dessa forma, os institutos do *abandono de requerimento europeu*, *continuations* (tradicional ou *in part*), e Certificados de Prazo Suplementar, além de não encontrarem guarida na legislação nacional, não podem ser computados junto ao *pipeline*, sob pena de se ferir a sistemática do ordenamento jurídico brasileiro.

No tocante aos depósitos de patente realizados em data pretérita a 1995, cujo objeto era vedado pela legislação anterior, não abandonados em

---

<sup>61</sup> Em recente decisão de primeira instância, de cunho incidental, o juízo da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, no feito autuado sob o nº 2009.51.01.808389-5, em sentença prolatada pela culta magistrada Daniela Pereira Madeira, publicada no dia 07.03.2012, reconheceu a incompatibilidade do instituto *pipeline* com a ordem jurídica vigente, tendo registrado: “Neste diapasão o conceito de novidade está seguramente inscrito na norma do artigo 5º, XXIX, da CF seja porque constitutivo da própria noção de patente, seja porque equivalente ao de invenção (...) Observe-se que o requisito da novidade da patente também está ligado ao princípio fundamental da livre concorrência, ou seja, somente o que não caiu no domínio público pode receber a exclusividade legal sem violar a liberdade de concorrência (...) verifica-se que as patentes *pipeline* são inconstitucionais por permitirem o monopólio de produtos e medicamentos que já estavam em domínio público sem que se apresentassem, assim o requisito da novidade” fls. 2927 dos autos.

<sup>62</sup> “La divulgazione del trovato da parte dello stesso inventore pregiudica a sua volta il brevetto e pregiudica la possibilità dell’acquisto di un diritto assoluto sull’invenzione, perchè pregiudica la possibilità della costituzione del bene immateriale. La pregiudica appunto perchè l’esclusiva non può allora più assolvere quella funzione di stimolo e premio che altrimenti assolve pel raggiungimento dell’invenzione e per la possibilità (attraverso quella divulgazione che si connette col brevetto e la limitazione della durata del diritto) di una sua generale utilizzazione” in ASCARELLI, Tullio. Teoria della concorrenza e dei Beni immateriali. Editore Dott A. Giuffrè, Milano, 1960, p. 551.

favor de novo pedido *pipeline*, seus titulares abdicaram de faculdade legal cabível, resultando – logicamente – no indeferimento de suas pretensões.

Com relação à anuência prévia, cuida-se de dispositivo convergente com a finalidade constitucional de acesso à medicamentos, garantia da saúde pública, bem como no maior controle concessório de um nicho tão sensível ao interesse público primário.

Portanto, deve ser prestigiada a hermenêutica que concebe o artigo 229-C como elemento hábil a promover ato administrativo complexo na averiguação dos requisitos de patenteabilidade.

Se grande parte das discussões supra serão – factualmente – consumidas pela natureza transitória das disposições, fato é que o controvertido instituto da patente *pipeline* corroborou com o amadurecimento do Poder Judiciário na apreciação de temas vinculados à Propriedade Industrial.

Fato é que mais de quinhentas demandas foram, e ainda são ajuizadas, em virtude dos dispositivos do instituto *pipeline*, estando a maioria delas ainda em curso no ano de 2012. Pode-se suscitar que tem sido uma grande *luta pelo direito*<sup>63</sup> por parte do Poder Público (em especial o INPI e ANVISA) contra os titulares de patente.

Como em qualquer relação jurídica processual cujo teor reflète *erga omnes*, tem sido, ainda, uma grande *batalha* na qual a sociedade civil<sup>64</sup>, especialmente através de associações classistas, têm participado ativamente, seja como *amici curiae* seja como assistente das partes. Certo é que para além de autor e réu, uma sentença de mérito em cada feito importa num impacto econômico-jurídico que perpassa a mera visão do titular, afetando todos os não titulares (concorrentes, Estado, consumidores).

---

<sup>63</sup> “A paz é o fim que o direito tem em vista, a luta é o meio de que se serve para o conseguir. Por muito tempo, pois que o direito ainda esteja ameaçado pelos ataques da injustiça – e assim acontecerá enquanto o mundo for mundo – nunca ele poderá subtrair-se à violência da luta. A vida do direito é uma luta: luta dos povos, do Estado, das classes, dos indivíduos” in JHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1972, p.21.

<sup>64</sup> “É a sociedade civil das ONG’s, das associações de bairro, dos movimentos sociais, integrantes do que tem sido chamado de “terceiro setor”, que é público, mas não estatal. Estas entidades agem a partir de uma lógica diversa, que se diferencia da razão instrumental própria tanto da tecnocracia estatal como das forças econômicas do mercado. Elas, que aglutinam e canalizam para o sistema político demandas importantes da população, muitas vezes desprezadas pelas instâncias representativas tradicionais, converteram-se em personagens importantes na arena de disputa em torno dos direitos humanos” in SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010, p. XXIV.

Ademais, com tamanhos prejuízos aos alvos constitucionais com relação ao desenvolvimento econômico e tecnológico *brasileiros*, resta a lição para que possamos evitar futuras lesões aos *interesses públicos primários*, na seara *imaterial proprietária*, por parte de nosso Congresso Nacional, talvez no mandato de *interesses privados estrangeiros*.

Com a lição dada, fica a esperança de não ser vitoriosa, novamente, a retórica de tutela aos interesses dos titulares de tecnologia à qualquer custo, sob a argumentação de prestígio e estímulo ao desenvolvimento e pesquisa.

Diante de popular relatório de um senador que na sustentação do intuito “desenvolvimentista” do projeto, quando nas discussões do Congresso Nacional, “defendeu a *emenda pipeline*”, ficam as sábias palavras de Saramago: “*Com podres dentes sorriam, é certo, mas o que conta é a intenção*” (SARAMAGO, 1991, p. 96).

## **PIPELINE PATENTS: AN ANALYSIS TOWARDS INDUSTRIAL PROPERTY LAW**

ABSTRACT: In the present paper the pipeline patent was object of case-law analysis, conforming its disposition towards Brazilian constitution.

KEYWORDS: Pipeline Patentes, violation towards Brazilian Constitution.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. Editora Edipro. São Paulo, 2007.

ASCARELLI, Tullio. **Teoria della concorrenza e dei Beni immateriali**. 3° Edição, Milano: Editore Dott A. Giuffré, Milano, 1960.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. **A proibição, pela ANVISA, de reivindicações de uso farmacêutico (2004), em Usucapião de Patentes e Outros Estudos de Propriedade Industrial**, Ed. Lumen Juris, 2006.

BARBOSA, Denis Borges e BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **Uma intercessão ao SPC e a patente pipeline**. Rio de Janeiro: Revista da ABPI de nº 93, março/abril de 2008.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. **O Instituto Continuation in Part**”. Rio de Janeiro: Revista Facto - Associação Brasileira das Indústrias de Química Fina, Biotecnologia e suas Especialidades, 8ª Edição, Julho/Agosto 2007.

\_\_\_\_\_. **Demandas tangenciando pedidos de patentes (de substâncias químicas) anteriores a 1995.** São Paulo: Boletim da ASPI de nº 28, out/nov/dez de 2008.

\_\_\_\_\_. **Uma Ode ao Artigo 229-C da Lei 9.279/96,** Rio de Janeiro: Revista Facto - Associação Brasileira das Indústrias de Química Fina, Biotecnologia e suas Especialidades, 22ª Edição, Novembro/Dezembro 2009.

\_\_\_\_\_. **O processo judicial como uma arma concorrencial.** Rio de Janeiro: Revista Facto - Associação Brasileira das Indústrias de Química Fina, Biotecnologia e suas Especialidades, 21ª Edição, Setembro/Outubro 2009.

\_\_\_\_\_. **As patentes farmacêuticas e os direitos humanos.** Curitiba: Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais – UNIBRASIL, 2010, , disponível em <http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/321/253>).

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida.** Rio de Janeiro: Zahar Editora, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Malheiros, 1998, 8ª Edição.

BRASIL, Código Civil.

BRASIL, Constituição da República Federativa.

BRASIL, Lei 5772/71.

BRASIL, Lei 9.279/96.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CHISUM, Donald S. e JACOBS, Michael A. **Understanding Intellectual Property Law.** Nova Iorque: Times Mirror Books, 1992.

CORTIANO, Eroulths Junior. **O Discurso Jurídico da Propriedade seus Rupturas: Uma Análise do Ensino do Direito de Propriedade.** Rio de Janeiro; Editora Renovar, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

IDS – Instituto Dannemann Siemsen. **Propriedade intelectual no Brasil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

- JHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1972.
- LADAS, Stephen P. **Patents, Trademarks and Related Rights**. Massachusetts: Havard University Press, 1973.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 4ª Edição, p. 23, 1992.
- MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo**. São Paulo: RT, 1983, 9ª edição.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado – parte especial**. São Paulo: RT, 1983, Tomo XVI, 4ª edição, 2ª Tiragem.
- PERLINGIERI, Pietro. “Perfis do direito civil”, Rio de Janeiro: Renovar, 3ª Edição, 2007.
- PHILIPP, Fernando Eid. **Patente de Invenção. Extensão de Proteção e Hipóteses de violação**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2006.
- RENTERIA, Pablo Valdemar. e DANTAS, Marcus. **Verbete de Propriedade** in BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ROSENVALD, Nelson. e FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 6ª Edição, 2009, p. 235.
- SARAMAGO, José. **O Evangelho Segundo Jesus Cristo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, 1ª Edição, Vol 1.



---

# *A CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE MENORES E O JULGAMENTO DO PEDIDO DE GUARDA PELA JUSTIÇA ESTADUAL*

---

*Wilney Magno de Azevedo Silva*

*Juiz Federal na 2ª Região*

**RESUMO:** O presente artigo busca demonstrar a relação de prejudicialidade entre o pedido com fundamento na Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Seqüestro Internacional de Crianças, de 25 de outubro de 1980, e o julgamento do pedido de guarda pela Justiça estadual.

**PALAVRAS-CHAVE:** Convenção da Haia de 1980 – Subtração Internacional de Crianças – Guarda – Prejudicialidade

A Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Seqüestro Internacional de Crianças, de 25 de outubro de 1980, disciplina a prestação de cooperação judiciária internacional para a devolução de crianças ilicitamente subtraídas do país de residência habitual, para que sua situação jurídica material possa ser submetida ao exame do juiz natural.

A Convenção estabelece uma presunção de que, o superior interesse do infante impõe que sua situação de fundo seja examinada pelo juiz do local de residência habitual da família, havido como juiz natural, por dispor de melhores meios para definir a maneira como se deverá realizar o convívio do menor com ambos os genitores.

Com efeito, a ilícita abdução (subtração ou retenção) da criança do país

de residência habitual da família é um grave atentado cometido contra o direito fundamental de um ser humano em desenvolvimento, que é o de conviver com ambos os progenitores, e, por eles, com as culturas que compõem a raiz de sua família.

Diplomas legais de origem internacional, como aquele instituído com a Convenção da Haia de 1980, conduzem ao reconhecimento da existência de um *mínimo jurídico comum* entre vários povos, integrantes de diferentes nações, que, a despeito de suas diferenças culturais, sociais e políticas, afirmam compartilhar certos postulados jurídicos fundamentais – marcos de civilidade humana que se sobrepõem às fronteiras erigidas entre os respectivos Estados.

E, o atento estudo da Convenção permite afirmar que um desses marcos de civilidade é, sem dúvida, o *princípio do superior interesse da criança*.

Com a edição desse diploma legal, um expressivo número de nações dos cinco continentes do globo afirmou, em uníssono, a superioridade e prevalência da situação jurídica da criança como um princípio fundamental comum aos respectivos ordenamentos jurídicos.

É preciso lembrar, porém, que uma afirmação de tal magnitude – ecoada, como dito, por nações de todos os quadrantes do planeta – jamais poderia ser desprovida de conteúdo específico e muito bem definido.

Não se trata, pois, de uma elucubração genérica, uma mera e vaga abstração, uma noção jurídica indeterminada cujo objeto não se pudesse precisar.

A mensagem da Convenção – e, por isso, das nações que a ratificaram – é muito precisa: *o superior interesse da criança é o de conviver com ambos os genitores, da maneira como esse convívio vier a ser regulado pelo juiz natural*.

A criança é como uma arvorezinha. E, para que essa pequena árvore floresça e frutifique, é preciso que ela permaneça *unida* a (ambas as vertentes de) suas raízes.

Toda criança é titular do direito fundamental de convívio com os pais – *ambos*.

Exigir que uma escolha seja feita – que o menor opte por algum de seus genitores – é, talvez, a mais grave agressão que se pode perpetrar contra

o superior direito da criança. É fazê-la escolher o lado de suas raízes que será arrancado, aquele para o qual ela irá *tombar e fenecer*.

Em regra, a criança cuja situação é disciplinada pela Convenção da Haia de 1980 é um fruto singular de diferentes culturas nacionais, muitas vezes, separadas por grande distância geográfica. Elementos sociais e de nacionalidade de mais de uma cultura integram a situação jurídica mínima desse menor – compõem seu estatuto pessoal. São elementos inalienáveis da personalidade dessa criança, cuja preservação implica o ônus de transitar, periodicamente, entre, pelo menos, dois países.

Impedir, pois, o contato desse menor com *ambas* as vertentes de suas raízes culturais e nacionais é minar um direito fundamental dessa criança – sua própria *identidade!* –, cujo exercício é assegurado, inclusive, na Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, adotada, no Brasil, com o Decreto Presidencial n.º 99.710, de 21 de novembro de 1990:

*“Artigo 8º.*

*1. Os Estados-Partes se comprometem a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas.*

*2. Quando uma criança se vir privada ilegalmente de algum ou de todos os elementos que configuram sua identidade, os Estados-Partes deverão prestar assistência e proteção adequadas com vistas a restabelecer rapidamente sua identidade.”*

O superior interesse da criança há de ser respeitado. E, esse interesse é o de conviver com *ambos* os genitores – e, por eles, com *ambas* as vertentes culturais e nacionais de *sua própria identidade* –, da maneira como isso vier a ser decidido pelo juiz natural.

É preciso, pois, viabilizar a cognição do juiz natural. Esse imperativo está em consonância com o devido processo da lei – justamente, o meio mais eficaz de dar pleno atendimento ao superior interesse da criança.

Estabelecido na Convenção, o critério legal de identificação do juiz natural transparece em várias normas: é o juiz do local da residência habitual da família, no período imediatamente anterior à ilícita abdução do menor ao convívio com ambos os genitores.

O motivo da escolha estabelecida na Convenção é muito claro: O juiz do local da residência habitual da família dispõe de melhores recursos para examinar a situação jurídica material da criança, por ter diuturno contato com os valores, a cultura e a realidade social em cujo meio a família do menor se estabeleceu, por decisão de ambos os genitores.

Com isso, a Convenção estabelece que, os parâmetros para o julgamento da situação da criança hão de ser os do local onde a família se tiver radicado.

Em vista de tal premissa, não há como deixar de reconhecer que, com o grave dano perpetrado mediante a abdução internacional da criança, o genitor que o promove frustra, em última análise, o exame da situação de fundo da criança pelo juiz natural.

E, a gravidade da situação é tanto mais exacerbada, quando o genitor responsável pela abdução recebe do Estado de refúgio – aquele para onde foi levada a criança – um referendo, ainda que precário, abonador da situação resultante da infração das normas convencionais.

É o que ocorre, nos casos – *lamentavelmente comuns* – em que o parental abductor recebe a guarda do menor, por decisão jurisdicional proferida pelo Estado para onde a criança foi levada.

Guarda é “o poder-dever submetido a um regime jurídico-legal, de modo a facultar a quem de direito prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição”<sup>1</sup>. Trata-se de um instituto disciplinado, no Brasil, pela Constituição da República, bem como, por lei ordinária geral e especial – como, por exemplo, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente –, cuja finalidade é, nitidamente, proporcionar o adequado atendimento do imperativo jurídico fundamental do superior interesse da criança.

É particularmente contraditório admitir, pois, que um instituto dessa natureza seja empregado como instrumento para alcançar o objetivo oposto ao relevantíssimo propósito para o qual foi concebido. Essa é uma típica situação de afronta ao *princípio da proibição do comportamento contraditório*.

Tal é o motivo por que, com o escopo de prevenir tamanha *contradição* – a *inversão* do objetivo da norma jurídica! –, a Convenção da Haia de

---

<sup>1</sup> STRENGER, Guilherme G. *Guarda de filhos*. São Paulo: LTr, 1998, p. 32.

1980 estabelece a proibição de que o Estado de refúgio profira decisão jurisdicional sobre a situação de fundo da criança abduzida, antes do julgamento do pedido de busca de apreensão do infante, formulado com base no diploma convencional:

*“Artigo 16.*

*Depois de terem sido informadas da transferência ou retenção ilícitas de uma criança, nos termos do Artigo 3, as autoridades judiciais ou administrativas do Estado Contratante para onde a criança tenha sido levada ou onde esteja retida não poderão tomar decisões sobre o fundo do direito de guarda sem que fique determinado não estarem reunidas as condições previstas na presente Convenção para o retorno da criança ou sem que haja transcorrido um período razoável de tempo sem que seja apresentado pedido de aplicação da presente Convenção.”*

Há, pois, uma nítida *relação de prejudicialidade externa* entre o julgamento do pedido de busca e apreensão da criança, formulado com base no regime da Convenção, e o exame da situação de fundo desse mesmo infante, pelo órgão jurisdicional do país de refúgio.

O *nexo de prejudicialidade* se verifica sempre que o julgamento da lide depende da prévia solução de uma outra lide ou questão jurídica, havida esta como uma premissa lógica daquela inicialmente referida. Neste sentido, a questão influente é denominada de “questão prejudicial” e a questão influenciada denomina-se “questão prejudicada”:

*“Prejudicial é, portanto, a relação ou situação jurídica a cuja existência se subordina, no tocante a seu próprio conteúdo, o pedido que o juiz deve decidir, por meio de sentença, para resolver a lide ou res in iudicium deducta. (...) como antecedente lógico e jurídico do pedido ajuizado, ela é prejudicial simplex da lide consubstanciada nesse pedido, uma vez que a procedência ou improcedência deste, a ela se subordina.”<sup>2</sup>*

*“Prejudiciais são as questões de mérito que antecedem, logicamente, à solução do litígio e nela forçosamente haverão de influir.”<sup>3</sup>*

---

<sup>2</sup> FREDERICO MARQUES, José. *Manual de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 75.

<sup>3</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 302.

Há exemplos de nexo de prejudicialidade apresentados pela doutrina:

*“Numa ação de cobrança de juros, o devedor oferece uma contestação alegando que não os deve porque o contrato que os prevê é nulo. Ora, segundo o disposto no art. 469 do CPC, a nulidade do contrato é uma questão que está fora da lide de cobrança de juros. A existência ou inexistência do contrato funciona, nesta demanda, apenas como seu fundamento (...). Da mesma forma, se o autor de uma ação de alimentos os pedir baseado numa relação de parentesco e o réu alegar que tal relação inexistente (...). A existência do contrato de que decorre a pretensão a receber juros assim como a existência de parentesco no exemplo da ação de alimentos são uma questão prévia, denominada relação jurídica prejudicial, pois de sua inexistência decorreria a inexistência da pretensão contida na demanda prejudicada.”<sup>4</sup>*

O objeto do julgamento, no processo da ação de busca e apreensão proposta com base no regime da Convenção da Haia de 1980, não é, diretamente, o exame da situação jurídica material da criança, e sim, o de tornar possível esse exame pelo respectivo juiz natural – o do local de residência habitual da família do infante. Daí que, inegavelmente, o julgamento do mencionado pedido de busca e apreensão de menor constitui uma premissa lógica – e, por isso, uma *demanda prejudicial* – para a análise da situação jurídica de fundo dessa criança, pelo órgão jurisdicional do Estado de refúgio, quando do julgamento do pedido da guarda daquele menor – a *demanda prejudicada*.

É interessante notar que, via de regra, a demanda prejudicial tem por objeto uma questão atinente ao *mérito* da demanda prejudicada – o que se explica pelo fato de a questão influente condicionar a própria existência da pretensão prejudicada.

*“Prejudicial é a questão que ‘constitui pressuposto necessário para o julgamento da lide’ (art. 470), como controvérsia sobre ‘relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide’ (art. 5º). E o art. 325 ainda esclarece que se trata do ‘direito que constitui o fundamento do pedido’ e do qual depende, ‘no todo ou em parte, o julgamento da lide’.*

*O ‘pressuposto necessário’, portanto, que há na prejudicial, como antecedente lógico do litígio a ser resolvido, tem conteúdo*

---

<sup>4</sup> SILVA, Ovídio A. B. da. *Curso de processo civil. Volume 1*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000, pp. 328/329.

*determinado, certo e perfeitamente definido: ele é sempre relação jurídica ou direito subjetivo de cuja existência depende o julgamento da lide. Daí se segue que a prejudicial diz respeito ao mérito, porque se trata de direito ou relação jurídica de cuja existência ou inexistência dependa o julgamento do litígio, isto é, daquilo que constituirá objeto de sentença definitiva.*<sup>5</sup>

E, esse é, a propósito, um dos elementos normalmente empregados para distinguir a questão prejudicial das *questões preliminares*, que podem dizer respeito, não apenas ao mérito (questões preliminares materiais), como também, à ação ou ao processo (questões preliminares formais) – estes últimos, respectivamente, situação jurídica e relação jurídica instrumentais, cujo exame é etapa necessária para que se possa proceder ao exame da questão de fundo posta como objeto do julgamento.

Ocorre que, no que concerne ao julgamento do pedido de guarda da criança abduzida, a demanda prejudicial de busca e apreensão do infante, formulada com fundamento no regime da Convenção, implica a aferição da *competência da Jurisdição* do Estado de refúgio, para dar adequado atendimento ao princípio do Juiz Natural – e, por isso, extraordinariamente, tem por objeto uma indagação usualmente tratada como questão preliminar formal, concernente à existência e válido desenvolvimento do processo (pressuposto processual).

Tem-se aí, portanto, um daqueles raros casos, referidos pela doutrina, de *questão prejudicial com conteúdo processual*:

*“Embora a prejudicial se projete sobre a lide (isto é, sobre o mérito), dúvida não há de que possa haver prejudicial de conteúdo processual. Trata-se, porém, de questão de pouca projeção (...) na prática; mas conceituada deve ser, sem dúvida alguma, como questão prejudicial, malgrado seu conteúdo não-material ou de fundo.”*<sup>6</sup>

*“A doutrina moderna, em geral, peca apenas ao restringir ao meritum causae o âmbito de manifestação do fenômeno.”*<sup>7</sup>

*“Em sua clássica obra (...). MENESTRINA toca de passagem nesse ponto, explicando a limitação generalizada do estudo da prejudicialidade ao âmbito do mérito pela maior atenção e pelo ‘tratamento privilegiado’*

---

<sup>5</sup> FREDERICO MARQUES, José. *Idem*, p. 77.

<sup>6</sup> FREDERICO MARQUES, José. *Idem*, p. 80.

<sup>7</sup> BARBOSA MOREIRA, J. C. *Direito processual civil (Ensaios e pareceres)*. Guanabara: Borsoi, pp. 86/87.

*que as decisões de meritis sempre receberam nas leis e na doutrina (...). Alhures, procedendo ao exame casuístico de algumas espécies, inclui no campo da prejudicialidade, mas sem desenvolver a matéria, 'as relações jurídicas de que deriva a legitimidade ativa e passiva' (...). A índole genérica do fenômeno não passou despercebida a CHIOVENDA (...), nem a ZANUCCHI (...). mais recentemente, A. ROMANO (...) refere-se, também de passagem, à possibilidade de uma visão unitária da prejudicialidade, para abranger a sua manifestação no terreno puramente processual. Entre nós, H. TORNAGHI, em seu valioso estudo sobre as questões prejudiciais (...), reduz ao mérito o âmbito de prejudicialidade (...). A explicação que dá parece-nos insatisfatória, porque faz tábua rasa da circunstância de que não foi só no campo do meritiu causae que subsistiu 'a necessidade de resolver uma questão qualquer antes de outra'. (...) Daí, justamente, a conveniência de considerar o problema numa perspectiva global, compreensiva de todas as suas manifestações, independentemente da natureza da questão subordinada, pois não é esta que deve interessar na classificação da questão prévia, e sim, unicamente, a natureza da relação entre uma e outra.<sup>8</sup>*

A relação existente entre o julgamento do pedido de guarda da criança, pelo Estado de refúgio, e o do pedido de busca e apreensão desse mesmo infante, deduzido com fundamento no regime convencional, é a de *prejudicialidade externa facultativa*.

Denomina-se *externo* o nexo de prejudicialidade existente entre as questões condicionante e condicionada, sempre que elas se encontrem em processos distintos. É a esse tipo de vínculo que alude a norma da alínea a do inciso IV do artigo 265 do Código de Processo Civil – “*Suspende-se o processo: (...) IV – quando a sentença de mérito: a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente; (...)*” –, como reconhecido pela doutrina:

*“O dispositivo alude a (...) **prejudicialidade** (...) externa, quando a sentença depende do julgamento de outro processo (...). A prejudicialidade externa, em regra, torna conexas as ações, o que permite a reunião para julgamento conjunto. Mas ela nem sempre será possível, pois cada uma das ações pode estar vinculada a um determinado juízo, por regras de competência absoluta. Para que*

---

<sup>8</sup> BARBOSA MOREIRA, J. C. *Idem*, p. 87, nota 19.

*não haja decisões conflitantes, suspende-se uma até que a outra seja julgada.*

*Tem prevalecido o entendimento de que, mesmo na hipótese de prejudicialidade externa a suspensão não pode ultrapassar o prazo de um ano, a que alude o art. 265, § 5º.<sup>99</sup>*

E, há prejudicialidade *facultativa* nas situações em que, o ordenamento jurídico apenas recomenda – não impõe! – a suspensão do processo da questão prejudicada, para que se aguarde a solução da questão prejudicial, como maneira de prevenir eventual conflito entre os julgamentos.

Poder-se-ia defender que, em vista da norma do artigo 16 da Convenção, antes transcrita, o juízo perante o qual tivesse sido postulado o deferimento da guarda do infante estaria *obrigado* a suspender o processo, assim que tivesse ciência do ajuizamento do pedido de busca e apreensão da criança – o que implicaria o reconhecimento do caráter *necessário*, e não meramente facultativo, da questão prejudicial mencionada.

Essa conclusão parece desautorizada, porém, pela norma do artigo 17 da Convenção:

*“Artigo 17.*

*O simples fato de que uma decisão relativa à guarda tenha sido tomada ou seja passível de reconhecimento no Estado requerido não poderá servir de base para justificar a recusa de fazer retornar a criança nos termos desta Convenção, mas as autoridades judiciais ou administrativas do Estado requerido poderão levar em consideração os motivos dessa decisão na aplicação da presente Convenção.”*

Consideradas em sistema, as normas dos artigos 16 e 17 da Convenção autorizam a conclusão de que, o nexos existente entre os julgamentos dos pedidos de busca e apreensão e de guarda do infante abduzido é uma *relação de prejudicialidade externa e facultativa*, ante a possibilidade de a decisão jurisdicional sobre a guarda da criança produzir efeitos jurídicos, até o momento em que se torne eficaz a decisão jurisdicional que dê atendimento ao pleito de busca e apreensão do menor.

Nesse caso, a decisão judicial sobre a guarda do infante perde efeito,

---

<sup>99</sup> GONÇALVES, Marcus V. R. *Direito processual civil esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 283.

---

naturalmente, sem necessidade de que seja intentada sua desconstituição formal – uma vez que trata de relação jurídica material continuativa, sujeita a alteração de disciplina, dada a possibilidade de modificação das circunstâncias jurídicas que presidem a seu desenvolvimento –, ante a superveniência de condição resolutiva da respectiva eficácia: o reconhecimento da incompetência da Jurisdição do Estado de refúgio, com o julgamento da procedência do pedido formulado com a demanda prejudicial.

## **THE HAGUE CONVENTION ON CHILD ABDUCTION AND THE DECISION OF CHILD CUSTODY ISSUED BY THE REGIONAL JUSTICE**

**ABSTRACT:** The aim of this article is to study the legal prejudice relation between the lawsuit based on the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, of October 25th, 1980, and the Decision of Child Custody issued by the State of Refugee's Justice

**KEYWORDS:** Hague Convention of 1980 – International Child Abduction – Custody – Legal Prejudice

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BARBOSA MOREIRA, J. C. **Direito processual civil (Ensaios e pareceres)**. Guanabara: Borsoi.

FREDERICO MARQUES, José. **Manual de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1997.

GONÇALVES, Marcus V. R. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Ovídio A. B. da. **Curso de processo civil**. Volume 1. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000.

STRENGER, Guilherme G. **Guarda de filhos**. São Paulo: LTr, 1998.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

---

# Julgados



---

# *APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO*

---

*1ª Turma Especializada*

**Apelação. Reexame Necessário:** Processo Nº 2011.50.01.002127-3

**Apelante:** Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

**Apelado:** Augusto Luiz Lange

## **RELATÓRIO**

Trata-se de remessa necessária e apelação cível interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (fls. 336/364), contra sentença (fls. 311/331) da lavra da MMª. Juíza Federal, Dra. VIVIANY DE PAULA ARRUDA, que julgou procedente o pedido, para condenar o Réu a reconhecer o direito do Apelado a renunciar ao seu benefício de aposentadoria original, condenando o INSS à concessão de nova aposentadoria por tempo de contribuição mais benéfica.

Na apelação, a Autarquia pugna pela reforma da decisão, argumentando, em síntese, que a Autora pretende substituir a primeira aposentadoria por uma segunda e deixar para o INSS todo o ônus, pois nem sequer aventa a devolução dos valores recebidos.

Recurso recebido no duplo efeito, às fls. 359.

Contrarrazões do Autor, às fls. 363/370.

Manifestação do *Parquet* Federal, opinando pelo provimento parcial da apelação e da remessa (fls. 391/404).

É o relatório.

Sem revisão.

Rio de Janeiro 25 de abril de 2012.

**Paulo Espírito Santo**  
Desembargador Federal - Relator

## **VOTO CONDUTOR**

Conheço da remessa necessária e do recurso interposto, eis que presentes os seus pressupostos.

Não merece reparo a r. sentença.

Em que pese a inexistência, no Direito Brasileiro, de previsão legal expressa acerca da possibilidade de desaposentação – isto é, a renúncia à aposentadoria já concedida, com vistas ao aproveitamento do tempo de contribuição posterior à jubilação para a obtenção de novo benefício mais vantajoso – é pacífico no âmbito do Superior Tribunal de Justiça o entendimento favorável aos segurados, conforme se depreende dos seguintes arestos da Quinta e da Sexta Turmas daquela Corte:

*PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO. AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL. VIOLAÇÃO À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INEXISTÊNCIA. APRECIÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS EM ÂMBITO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. DESNECESSIDADE. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.*

*1. O pedido de suspensão do julgamento do recurso especial, em razão do reconhecimento de repercussão geral da matéria pela Suprema Corte, não encontra amparo legal. Outrossim, a verificação da necessidade de sobrestamento do feito terá lugar quando do exame de admissibilidade de eventual recurso extraordinário a ser interposto, a teor do art. 543-B do Código de Processo Civil.*

*2. Também não prevalece a alegação de ofensa à cláusula de reserva de plenário, uma vez que a decisão hostilizada não declarou, sequer implicitamente, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo.*

3. *A via especial, destinada à uniformização da interpretação do direito federal infraconstitucional, não se presta à análise de dispositivos da Constituição da República, ainda que para fins de prequestionamento.*

4. *Permanece incólume o entendimento firmado no decisório agravado, no sentido de que, por se tratar de direito patrimonial disponível, o segurado pode renunciar à sua aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no regime geral de previdência social ou em regime próprio de previdência, mediante a utilização de seu tempo de contribuição, sendo certo, ainda, que tal renúncia não implica a devolução dos valores percebidos.*

5. *Agravo regimental desprovido.*

*(STJ, AgRg no REsp 1241805/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 21/11/2011)*

*PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. NOVA APOSENTADORIA EM REGIME DIVERSO. NÃO OBRIGATORIEDADE DE DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS. JURISPRUDÊNCIA DO STJ.*

1. *O mero reconhecimento da repercussão geral não acarreta a obrigatoriedade de sobrestamento do recurso especial.*

2. *É perfeitamente possível a renúncia à aposentadoria, inexistindo fundamento jurídico para seu indeferimento.*

3. *Pode ser computado o tempo de contribuição proveniente da aposentadoria renunciada para obtenção de novo benefício.*

4. *A renúncia opera efeitos ex nunc, motivo pelo qual não implica a necessidade de o segurado devolver as parcelas recebidas.*

5. *Agravo regimental improvido.*

*(STJ, AgRg no REsp 1240447/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 24/08/2011)*

No tocante à suposta violação ao art. 18, §2º, da Lei 8.213/91<sup>1</sup>, o Ministro

---

<sup>1</sup> Art. 18, §2º, da Lei 8.213/91: “O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado”.

Marco Aurélio, do Eg. Supremo Tribunal Federal, ao proferir seu voto como Relator do Recurso Extraordinário nº 381.367/RS (Informativo 600), deixou assentada a necessidade de interpretação desse dispositivo conforme a Constituição Federal, no sentido de afastar a possibilidade de duplicidade de benefícios – isto é, de acumulação indevida de aposentadorias –, mas não o novo cálculo de parcela previdenciária que deva ser satisfeita, haja vista que o §11 do art. 201 da Carta Política assegura que “*os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei*”.

Em relação aos efeitos da renúncia, também é assente no STJ o entendimento de que a desaposentação produz efeitos *ex nunc*, não importando a obrigatoriedade de devolução dos proventos recebidos. Neste sentido, trago à colação o seguinte julgado:

***PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. DEVOUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.***

*1. A renúncia à aposentadoria, para fins de aproveitamento do tempo de contribuição e concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não importa em devolução dos valores percebidos, “pois enquanto perdurou a aposentadoria pelo regime geral, os pagamentos, de natureza alimentar, eram indiscutivelmente devidos” (REsp 692.628/DF, Sexta Turma, Relator o Ministro Nilson Naves, DJU de 5.9.2005). Precedentes de ambas as Turmas componentes da Terceira Seção.*

*2. Recurso especial provido.*

*(STJ, REsp 1113682/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 26/04/2010)*

Este também é o entendimento consolidado no âmbito desta Egrégia Corte. Confira-se:

***PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA AO BENEFÍCIO. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. DIREITO DE NATUREZA PATRIMONIAL E, PORTANTO, DISPONÍVEL. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE DEVOUÇÃO DOS PROVENTOS RECEBIDOS. VERBA DE CARÁTER ALIMENTAR. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL***

*DE JUSTIÇA. RECURSO DO INSS DESPROVIDO. I – A inexistência de dispositivo legal que proíba a renúncia ao benefício previdenciário legalmente concedido deve ser considerada como possibilidade para a revogação do benefício a pedido do segurado. II – A desaposentação atende de maneira adequada aos interesses do cidadão. A interpretação da legislação previdenciária impõe seja adotado o entendimento mais favorável ao beneficiário, desde que isso não implique contrariedade à lei ou despesa atuarialmente imprevista, situações não provocadas pelo instituto em questão. III – Da mesma forma, o fenômeno não viola o ato jurídico perfeito ou o direito adquirido, preceitos constitucionais que visam à proteção individual e não devem ser utilizados de forma a representar desvantagem para o indivíduo ou para a sociedade. A desaposentação, portanto, não pode ser negada com fundamento no bem-estar do segurado, pois não se está buscando o desfazimento puro e simples de um benefício previdenciário, mas a obtenção de uma nova prestação, mais vantajosa porque superior. IV – Quanto à natureza do direito em tela, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a aposentadoria é direito personalíssimo, o que não significa que seja direito indisponível do segurado. A par de ser direito personalíssimo, tem natureza eminentemente de direito disponível, subjetivo e patrimonial, decorrente da relação jurídica mantida entre segurado e Previdência Social, logo, passível de renúncia, independentemente de aceitação da outra parte envolvida, revelando-se possível, também, a contagem de tempo para a obtenção de nova aposentadoria, no mesmo regime ou em outro regime previdenciário. Precedentes. V – O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o ato de renunciar ao benefício não envolve a obrigação de devolução de parcelas, pois, enquanto perdurou a aposentadoria, o segurado fez jus aos proventos, sendo a verba alimentar indiscutivelmente devida. Precedentes. VI – Agravo interno desprovido.*

*(TRF da 2ª Região, APELRE 200951018124551, Primeira Turma Especializada, Rel. Juiz Federal Convocado Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, DJe 01/02/2011)*

Desta forma, não há óbice para a renúncia à aposentadoria e utilização do tempo de contribuição posterior para a obtenção de novo benefício mais vantajoso para o segurado, seja no mesmo regime ou em regime diverso. No presente caso, o autor continuou trabalhando na Companhia Vale do Rio Doce após obter sua aposentadoria, durante o período de 19/04/2000 a 12/03/2003 (fls.37), na mesma atividade de “guarda freios

especializado" já reconhecida como especial pelo próprio INSS (fls.16/17), totalizando mais de 25 anos de atividade insalubre, fazendo jus, assim, ao benefício de aposentadoria especial pleiteado em juízo.

Ante o exposto, nego provimento à remessa necessária e à apelação do INSS.

É como voto.

**Antonio Ivan Athié**  
Desembargador Federal – Relator p/Acórdão

## **VOTO**

O Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO:

Propôs o Autor a presente ação, objetivando renunciar ao seu benefício de aposentadoria por tempo de serviço proporcional, a fim de que lhe seja concedida nova aposentadoria mais vantajosa, aproveitando o tempo de contribuição posterior à jubilação e computando os respectivos salários-de-contribuição no cálculo da nova aposentadoria, uma vez que, mesmo aposentado continuou trabalhando e contribuindo para a Previdência Social.

Verifica-se, portanto, que a pretensão autoral se divide em dois pedidos: no primeiro, requer o Autor a desaposentação; no segundo, requer um novo benefício, com aproveitamento das contribuições pagas durante a aposentadoria.

Quanto ao primeiro pedido, muitos entendem que não é cabível a desaposentação, diante do disposto no artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/91, que estipulou que é vedado ao aposentado em exercício de atividade laborativa, o gozo de qualquer outra prestação previdenciária, exceto o salário-família e a reabilitação.

Entretanto, o E. Superior Tribunal de Justiça vem decidindo reiteradamente no sentido de que tal dispositivo legal não constitui impedimento ao direito à renúncia ao benefício previdenciário, entendimento com o qual comungo, sendo, portanto, possível a desaposentação, como se verifica pela jurisprudência abaixo transcrita:

*“PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RENÚNCIA A BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. POSSIBILIDADE. DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL. ABDICAÇÃO DE APOSENTADORIA POR IDADE RURAL PARA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR IDADE URBANA.*

*1. Tratando-se de direito patrimonial disponível, é cabível a renúncia aos benefícios previdenciários. Precedentes.*

*2. Faz jus o Autor à renúncia da aposentadoria que atualmente percebe – aposentadoria por idade, na qualidade de rurícola – para o recebimento de outra mais vantajosa – aposentadoria por idade, de natureza urbana.*

*3. Recurso especial conhecido e provido”.*

*(REsp 310884 / RS, rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, pub. DJ 26/9/2005, vol. 32. p. 152)*

*“AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PARA NOVA APOSENTADORIA.*

*1. Não compete ao relator determinar o sobrestamento de recurso especial em virtude do reconhecimento de repercussão geral da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de providência a ser avaliada quando do exame de eventual recurso extraordinário a ser interposto, nos termos previstos no artigo 543-B do Código de Processo Civil.*

*2. O entendimento desta Corte Superior de Justiça é no sentido de se admitir a renúncia à aposentadoria objetivando o aproveitamento do tempo de contribuição e posterior concessão de novo benefício, independentemente*

*do regime previdenciário que se encontra o segurado.*

*3. Agravo regimental a que se nega provimento”.*

*(AgRg no REsp 1196222 / RJ, rel. Desembargador Convocado Haroldo Rodrigues, pub. Dje 11/10/2010, vol. 36, p. 113)*

*“PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RENÚNCIA A BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. POSSIBILIDADE. DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL. ABDICAÇÃO DE APOSENTADORIA POR IDADE RURAL PARA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR IDADE URBANA.*

*1. Tratando-se de direito patrimonial disponível, é cabível a renúncia aos benefícios previdenciários. Precedentes.*

*2. Faz jus o Autor à renúncia da aposentadoria que atualmente percebe – aposentadoria por idade, na qualidade de rurícola – para o recebimento de outra mais vantajosa – aposentadoria por idade, de natureza urbana.*

*3. Recurso especial conhecido e provido”.*

*(QUINTA TURMA, RESP 310884, RELATOR DESEMBARGADORA LAURITA VAZ, DJ DATA:26/09/2005 PÁGINA:433, UNÂNIME)*

*“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. APOSENTADORIA. RENÚNCIA. POSSIBILIDADE. CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO. RECURSO PROVIDO.*

*1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente se firmado no sentido de que é plenamente possível a renúncia de benefício previdenciário, no caso, a aposentadoria, por ser este um direito patrimonial disponível.*

*2. O tempo de serviço que foi utilizado para a concessão da aposentadoria pode ser novamente contado e aproveitado para fins de concessão de uma posterior aposentadoria, num outro cargo ou regime previdenciário.*

*3. Recurso provido”.*

*(SEXTA TURMA, ROMS - RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 14624, DES. RELATOR HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJ DATA:15/08/2005 PÁGINA:362 RSTJ VOL.:00196 PÁGINA:605, UNÂNIME)*

Sendo a aposentadoria um direito patrimonial disponível, é possível a renúncia do benefício previdenciário para aquisição de outra aposentadoria em melhores condições, levando-se em conta o novo tempo contributivo vertido após a aposentação.

Mas, quanto ao segundo pedido, no sentido de que, após a desaposentação, seja concedida nova aposentadoria, aproveitando-se as contribuições pagas durante a aposentadoria anterior, tal pedido implica obrigatoriamente na restituição ao INSS dos valores recebidos à título da aposentadoria anterior.

De fato, as 1ª e 2ª Turmas do Supremo Tribunal Federal – STF consideraram constitucional a cobrança de contribuição previdenciária dos aposentados do Regime Geral da Previdência Social que retornem a atividade, em face do princípio da solidariedade e da universalidade:

*EMENTA: Contribuição previdenciária: aposentado que retorna à atividade: CF, art. 201, § 4º; L. 8.212/91, art. 12: aplicação à espécie, mutatis mutandis, da decisão plenária da ADIn 3.105, red.p/acórdão Peluso, DJ 18.2.05. A contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade está amparada no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social (CF, art. 195); o art. 201, § 4º, da Constituição Federal “remete à lei os casos em que a contribuição repercute nos benefícios” (RE 437640/RS, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJ 02/03/2007)*

*EMENTAS: 1. RECURSO. Extraordinário. Acórdão com dupla fundamentação suficiente. Impugnação de um só dos fundamentos. Subsistência do fundamento infraconstitucional. Preclusão consumada. Não conhecimento. Aplicação da súmula 283. É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. 2. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Contribuição previdenciária. Aposentado que retorna ou permanece em atividade. Incidência. Jurisprudência assentada. Ausência de razões consistentes. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Negá-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões consistentes, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. (AI-AgR 397.337/RS, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ 14/09/2007).*

Portanto, não resta dúvida de que a contribuição previdenciária dos aposentados se destina ao custeio geral do sistema previdenciário, sem haver contrapartida de benefícios diretos à pessoa do contribuinte.

Logo, as contribuições pagas pelo aposentado que continua a trabalhar são decorrência do princípio da solidariedade e do princípio da universalidade, consagrado no artigo 195 da Constituição Federal, o qual dispõe que:

*“A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições....”*

Conclui-se que não é pelo fato de voltar a contribuir em virtude de uma nova atividade laborativa que ele tem direito automaticamente a algum novo benefício, já que o aposentado quando volta a trabalhar paga a previdência não para eventual e futura aposentadoria ou para a formação de um fundo privado com cotas individuais, mas sim para o custeio do sistema.

Diante disso, conclui-se que, embora seja cabível a desaposentação, a renúncia ao benefício previdenciário terá obrigatoriamente efeitos *ex tunc*, a fim de recompor o Fundo da Previdência, resguardando-se o direito dos demais aposentados, razão pela qual é necessária a devolução de todos os proventos já recebidos, sob pena de romper o equilíbrio financeiro e atuarial.

O desequilíbrio financeiro que a não devolução dos valores provocará no sistema resta claro quando observamos a seguinte questão: um determinado segurado trabalhou 35 anos e se aposenta com um determinado valor; o outro, trabalhou 30 anos, se aposentou com um valor menor, e continua a trabalhar e a contribuir por mais cinco anos, se aposentando ao final com um valor igual ao do primeiro, que trabalhou por 35 anos. Porém, este último teve a vantagem de ficar mais 5 anos ganhando um benefício provisório, sem fonte de custeio prevista, o que seria verdadeira burla ao sistema, com um favorecimento do segurado que retornou a atividade e depois se aposentou.

Caso fosse permitida a reutilização do tempo anterior à aposentação, somando-se tal período ao tempo da contribuição posterior, para obtenção de outro benefício mais vantajoso, sem que fossem devolvidos os valores por ele já recebidos, tal fato implicaria onerar duplamente os cofres previdenciários, pois além de servir para custear a aposentadoria definitiva, o primeiro período seria também utilizado para obtenção de outro benefício provisório, não previsto em lei e sem fonte de custeio, o que esbarraria na vedação do § 5º do artigo 195 da Constituição Federal/88.

Observe que, quando o segurado preenche os requisitos necessários à obtenção da aposentadoria proporcional, ele pode optar por requerer esta aposentadoria, ou pode optar por receber uma aposentadoria em valor mais elevado e, assim, continuar trabalhando. O que ele não pode é utilizar o mesmo período e os mesmos salários-de-contribuição utilizados na primeira aposentadoria para majorar a renda mensal de sua segunda aposentadoria.

Não há de se admitir que o segurado, por meio de uma manobra que, embora não seja ilegal não é prevista em lei, misture as duas espécies de aposentadoria e crie uma nova espécie de benefício, repito, sem fonte de custeio (art. 195, § 5º, da CF/88).

Não se pode através de decisão judicial, fixar um critério de “reajuste” *contra legem*, criando novo benefício que não foi criado pelo legislador.

Cabe aqui transcrever trechos do muito bem lançado voto do Desembargador Federal LUIS ALBERTO D`AZEVEDO AURVALLE (TRF 4ª Região), quando do julgamento do Recurso 2008.72.05.003904-5/SC, realizado em 13/04/2010:

*“A aposentadoria, direito patrimonial, é um direito inequivocamente renunciável, não representando esse aspecto óbice à pretensão formulada nos autos.*

*A questão, no caso, é que, quando o segurado aposentado requer a nova aposentadoria (em termos práticos, em verdade, seria a revisão de sua aposentadoria original), tendo em vista estar percebendo o benefício proporcional há algum tempo, já usufruiu de parcela dos valores dos fundos da Previdência “a si destinados”, fundos estes que são formados por suas contribuições, pelas contribuições de todos os demais segurados, bem como de toda a sociedade. A situação do segurado, portanto, é diversa daquele outro que implementa os requisitos para a aposentadoria integral e a requer, sem estar em gozo de aposentadoria proporcional.*

*Pensando a questão sob o enfoque contributivo (que, embora não possa ser absolutizado, também não pode ser desprezado), observo que a devolução dos valores percebidos a título de aposentadoria, corrigidos monetariamente, repõe aos cofres da Previdência a parcela de seus fundos que havia revertido em favor do autor na forma de benefício, com o retorno ao status quo ante.*

*Assim, a relação entre o autor e a Previdência, no aspecto atuarial, voltaria ao estágio anterior, estando ele na mesma situação que os demais segurados que implementaram os requisitos para a aposentadoria no mesmo período e dirigiram-se aos balcões da Previdência requerendo o benefício. Nenhum prejuízo para a Previdência decorre da solução proposta.”*

Colaciono jurisprudência quanto à matéria:

*“(...) 3. Tratando-se a aposentadoria de um direito patrimonial, de caráter disponível, é passível de renúncia. 4. Pretendendo o segurado renunciar à aposentadoria por tempo de serviço para postular novo jubramento, com a contagem do tempo de serviço em que esteve exercendo atividade vinculada ao RGPS e concomitantemente à percepção dos proventos de aposentadoria, os valores recebidos da autarquia previdenciária a título de amparo deverão ser integralmente restituídos. Precedente da Terceira Seção desta Corte. 5. O art. 181-B do Dec. n. 3.048/99, acrescentado pelo Decreto n.º 3.265/99, que previu a irrenunciabilidade e a irreversibilidade das aposentadorias por idade, tempo de contribuição/serviço e especial, como norma regulamentadora que é, acabou por extrapolar os limites a que está sujeita, porquanto somente a lei pode criar, modificar ou restringir direitos (inciso II do art. 5º da CRFB). 6. Impossibilidade de compensação dos valores a serem devolvidos ao INSS com os proventos do novo benefício a ser concedido, sob pena de burla ao § 2º do art. 18, uma vez que as partes já não mais seriam transportadas ao status jurídico anterior à inativação (por força da necessidade de integral recomposição dos fundos previdenciários usufruídos pelo aposentado). 7. Configurada a sucumbência recíproca, restam compensados os honorários advocatícios.*

*TRF4- SEXTA TURMA Processo AC 00033322720094047205, Relator(a) CELSO KIPPER Fonte D.E. 04/06/2010.”*

*“PREVIDENCIÁRIO. REAPOSENTAÇÃO OU RESTITUIÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES RECOLHIDAS APÓS O JUBRAMENTO EM RAZÃO DO DESEMPENHO DE ATIVIDADE VINCULADA AO RGPS. INVIABILIDADE. ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADA. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. 1. Conquanto seja possível, consoante o entendimento jurisprudencial corrente, a renúncia à aposentadoria deferida pelo INSS (por se tratar de direito patrimonial, logo disponível), não é dado ao segurado agregar tempo posterior ao jubramento para obter novo benefício no mesmo regime em bases mais favoráveis. 2. De acordo a sistemática vigente, o segurado aposentado que continuar a exercer atividade vinculada ao Regime Geral de Previdência Social deve recolher as contribuições previdenciárias correspondentes, fazendo jus apenas ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado, nos termos do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91. 3. Deferida a aposentadoria, resta configurado ato jurídico perfeito, de modo que não se pode*

*pretender o desfazimento unilateral para nova fruição no mesmo regime. As contribuições que o aposentado verte quando continua a exercer atividade laborativa ou retorna ao mercado de trabalho são decorrência do princípio da solidariedade que informa o sistema de previdência (art. 195 da CF), sendo constitucional a regra restritiva prevista no § 2º do artigo 18 da Lei 8.213/91. 5. Inviável, pois, a concessão de nova aposentadoria com agregação de tempo posterior ao jubileamento, ou mesmo a restituição das contribuições recolhidas após a data da obtenção do benefício. 6. Apelação improvida. (TRF4, AC 2000.71.00.005982-5, Turma Suplementar, Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira, D.E. 29/04/2008)*

*APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO E COMPLEMENTAÇÃO DE BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. APELAÇÃO PROVIDA. I-Jamais o aposentado pela Previdência Social que voltou a trabalhar pôde substituir a aposentadoria por tempo de serviço que antes lhe houvera sido concedida por uma outra, e menos ainda, somando ao tempo de serviço e às contribuições recolhidas na nova atividade, o tempo de serviço e as contribuições pagas anteriormente à concessão da primeira aposentadoria por tempo de serviço. II -A aceitação de semelhante figura jurídica, absolutamente desconhecida em nosso ordenamento jurídico previdenciário comum, implicaria em criar, por hermenêutica, situação estatutária, o que é absurdo. III - O sistema da previdência social é de natureza estatutária, e assim, público e impositivo; a liberdade de adesão a ele é restrita ao segurado facultativo; e não há que se confundir a liberdade de exercício dos direitos aos benefícios previstos na legislação previdenciária, e apenas e exclusivamente por ela, com a liberdade de combinar, aqui e ali, normas jurídicas, inclusive de natureza privatística, de modo a se obter um direito não previsto nem no direito público, e nem no direito privado, uma esdrúxula "terceira via". IV -Inexistindo previsão legal e regulamentar que autorize a "renúncia", ou "desaposentação", conclui-se que essa figura é proibida, não havendo espaço para aplicação do princípio da razoabilidade, o qual pressupõe, necessariamente, a licitude da norma em tese, podendo as circunstâncias fáticas determinarem seu afastamento em determinado caso concreto, ou a modificação de seu conteúdo, com o fim de afastar-se resultado extremo não desejado pelo ordenamento jurídico. V - Recurso provido. (TRF2- AMS 200651015373370 AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 72669 Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA JUNIOR DJU - Data::06/07/2009 - Página::111) No mesmo sentido:*

*AC 200071000151110, TRF4, 6ª Turma, Rel. Des. Fed. João Surreaux Chagas; AC 200071000018215, TRF4, 6ª Turma, Rel. Des. Néfi Cordeiro; AC 200071000353624, TRF4, 5ª Turma, Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz; e AC 200472100008630, TRF4, 5ª Turma, Rel. Des. Fed. Víctor Luiz dos Santos Laus.”*

Da mesma forma, o posicionamento da Turma Recursal de Uniformização, *in verbis*:

*“PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO, PARA A OBTENÇÃO DE NOVA APOSENTADORIA DA MESMA ESPÉCIE, MEDIANTE O CÔMPUTO DO TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO POSTERIOR À DATA DE INÍCIO DA PRIMEIRA APOSENTADORIA. Necessidade de que a renúncia seja feita com efeitos ex tunc, com a restituição do valor atualizado de todas as prestações relativas ao benefício que constitui OBJETO DE RENÚNCIA.*

*Para a concessão de nova aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, em substituição à anteriormente concedida, mediante o cômputo do tempo de serviço/contribuição relativo ao período compreendido entre a data de início da primeira aposentadoria e a data de sua concessão, é necessário que essa renúncia seja feita com efeitos ex tunc, isto é, com a restituição do status quo ante, mediante a devolução do valor atualizado das prestações relativas ao primeiro benefício.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Juízes da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência, por maioria, em negar provimento ao pedido de uniformização.”*

*PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. EFEITOS EX TUNC. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES JÁ RECEBIDOS. DECISÃO RECORRIDA ALINHADA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA TNU. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.*

*Cabe Pedido de Uniformização quando demonstrado que o acórdão recorrido contraria jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.*

*A possibilidade de renúncia à aposentadoria deve estar condicionada à devolução dos proventos já recebidos pela preservação do próprio sistema previdenciário e seus princípios norteadores. Precedentes*

no PU nº 2007.83.00.50.5010-3 e nº 2007.72.55.00.0054-3, ambos desta TNU.

*Incidente conhecido e não provido.”*

*(Pedido 200672550064068; Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal; Relatora: Juíza Federal ROSANA NOYA ALMVES WEIBEL KAUFMANN; Fonte DOU 08/07/2011 SEÇÃO 1)*

Como no caso não há notícias no sentido de que a parte Autora pretende devolver as parcelas pagas a título da aposentadoria anterior, não há como se acolher o pedido da desaposentação.

Observo, ainda, que não se discute que a aposentadoria paga tem caráter alimentar e foi recebida validamente. Mas, tal fato não afasta a necessidade de devolução dos valores, não podendo o alegado direito do segurado ficar acima dos preceitos constitucionais, que serão violados caso admitida a concessão de nova aposentadoria sem a devolução integral dos proventos anteriormente recebidos.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS E À REMESSA, para, reformando a sentença monocrática, julgar improcedente o pedido inicial. Sem condenação em honorários.

Rio de Janeiro, 25 de abril de 2012

**Paulo Espirito Santo**  
Desembargador Federal - Relator

## **EMENTA**

Previdenciário. Desaposentação. Possibilidade de Renúncia à Aposentadoria. Efeitos *ex nunc*. Cômputo do tempo de contribuição posterior à jubilação. Inteligência do art. 18, §2º, da Lei 8.213/91. Concessão de novo benefício mais vantajoso. Desnecessidade de devolução dos proventos recebidos. Verba de caráter alimentar.

I – Não há óbice para a renúncia à aposentadoria e utilização do tempo de contribuição posterior para a obtenção de novo benefício mais vantajoso para a segurada, seja no mesmo regime ou em regime diverso. Precedentes do STJ e desta Corte;

- 
- II – O art. 18, §2º, da Lei 8.213/91 deve ser interpretado conforme a Constituição Federal, no sentido de afastar a possibilidade de duplicidade de benefícios – isto é, de acumulação indevida de aposentadorias –, mas não o novo cálculo de parcela previdenciária que deva ser satisfeita, haja vista que o §11 do art. 201 da Carta Política assegura que *“os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei”*;
- III – A desaposentação produz efeitos *ex nunc*, não importando a obrigatoriedade de devolução dos proventos recebidos, pois enquanto perdurou a aposentadoria pelo regime geral, os pagamentos, de natureza alimentar, eram indiscutivelmente devidos. Precedentes da Quinta e da Sexta Turmas do STJ;
- IV – Remessa necessária e apelação do INSS desprovidas.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Membros da Primeira Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por maioria, em negar provimento à remessa necessária e à apelação do INSS, nos termos do Voto Condutor.

Rio de Janeiro, 25 de abril de 2012.

**Antonio Ivan Athié**  
Desembargador Federal – Relator p/Acórdão

---

# APELAÇÃO CÍVEL

---

*2ª Turma Especializada*

**Apelação Cível:** Processo Nº 2006.51.01.504750-7

**Apelante:** Condor Comércio Exterior Ltda.

**Apelado:** Condor S/A

**Apelado:** Instituto Nacional e Propriedade Industrial - INPI

## RELATÓRIO

Trata-se de apelação contra sentença que julgou procedente o pedido autoral, para declarar a nulidade do registro nº 820.775.878, referente à marca mista “CONDOR ART SHOP” (classe NCL(7)35)), de titularidade de CONDOR COMÉRCIO EXTERIOR LTDA., por colidir com a marca CONDOR, de titularidade da empresa apelada; determinou a abstenção de uso, da marca CONDOR, como ou sem acréscimos, por parte da ré; e condenou os réus ao pagamento de indenização por perdas e danos, a serem apurados em liquidação de sentença.

Inicialmente, rejeitou o douto Juiz *a quo* as preliminares de ilegitimidade passiva, por entender que as condutas descritas se amoldam às causas que originaram o fato que a autora reputa como ilícito e causador de prejuízos à sua esfera patrimonial, sendo, a seu ver, inegável a legitimidade dos réus para figurarem no polo passivo da relação processual.

Nesse sentido, acrescentou que a análise mais aprofundada acerca da responsabilidade dos réus termina por se confundir com a própria questão de mérito, e, de acordo com a teoria da asserção, os fatos articulados na peça inicial são suficientes para se empreender uma análise prévia acerca

da legitimidade da parte ré, devendo as questões de maior profundidade ser deixadas para a análise de mérito.

No mérito, concluiu que a marca “*CONDOR ART SHOP*” não poderia ter sido registrada para identificar os produtos da segunda ré, porquanto tornam-se suscetíveis de gerar dúvidas e confusão nos consumidores, ainda que existam pontuais diferenças na logomarca.

Ponderou que, conforme se infere da análise dos documentos acostados aos autos, a autora é detentora da marca CONDOR já há muitos anos e, desde sua fundação, nas primeiras décadas do século passado, atua no ramos de produtos de higiene pessoal, beleza, limpeza e pincéis.

Asseverou que a atuação da autora não se restringe à região em que foi fundada, tendo ela passado a comercializar seus produtos nacionalmente, o que, ao longo dos anos, ajudou a consolidar seu nome e seus produtos no mercado.

Destacou, ainda, que, ao contrário do que sustenta a segunda ré, a atuação das empresas envolvidas não se encontra em ramos distintos do comércio, uma vez que há coincidência nos nichos de mercado explorados, tal como acontece com a fabricação de pincéis.

Em suas razões de fls. 433/437, sustenta a empresa CONDOR COMÉRCIO EXTERIOR LTDA. que, ao contrário do que entendeu a magistrada sentenciante, é um pequeno comércio varejista de materiais para pintura e desenho artístico, ou seja, nunca foi fabricante de pincéis, ressaltando, ainda, que há mais de 10 (dez) anos não mais comercializa, nem pretende comercializar, os pincéis da empresa autora.

Alega, ainda, que são marcas distintas na sua configuração.

Contrarrazões da CONDOR S/A (fls. 443/453), pugnano pelo desprovemento do apelo, com a consequente manutenção da sentença, tendo em vista a notoriedade da sua marca, a precedência de seus registros e, ainda, a identidade entre os ramos de atividade das partes.

Contrarrazões do INPI (fls. 456/459) no sentido da manutenção do *decisum*, eis que a convivência das marcas no âmbito mercadológico asseguraria às duas empresas que exercem atividades afins, a exclusividade,

o que contraria frontalmente, as próprias garantias asseguradas ao titular do registro, nos termos do art. 129 da LPI.

Manifestação do MPF às fls. 465/466, pela não intervenção no feito.

É o relatório.

**Liliane Roriz**

Desembargadora Federal - Relatora

## **VOTO**

Preliminarmente, cabe salientar que, não obstante inexistir previsão na sentença impugnada, esta se encontra sujeita ao reexame necessário, previsto no art. 475, I, do CPC, que se considera interposto *ex lege*, na forma da Súmula nº 423, do STF.

No caso vertente, a autora – CONDOR S/A - ingressou com ação ordinária com vistas à obtenção da nulidade do registro nº 820.775.878, referente à marca mista “CONDOR ART SHOP”, para a classe NCL(7)35, concedida para especificar “IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO E COMÉRCIO : (MATERIAIS PARA PINTURA ARTÍSTICA, TINTAS, PINCEIS, TELAS, CAVALETES, ESPÁTULAS, MATERIAL P/DESENHO, LÁPIS, CANETA, BORRACHA, PAPEL AEROGRÁFO”, ostentando a restrição “SEM DIREITO AO USO EXCLUSIVO DA EXPRESSÃO “ ART SHOP “.

Como fundamento ao pedido, sustenta a ora apelada que o aludido registro constitui violação ao art. 124, inciso XIX, da LPI, considerando os pedidos e registros que possui sobre a marca “CONDOR”, a anterioridade do uso que da mesma faz e a notoriedade que construiu em torno de tal marca.

Com efeito, a marca é um sinal distintivo, destinando-se a distinguir produtos e serviços, ou seja, para indicar que foram produzidos ou fornecidos por determinada empresa ou pessoa e servindo para diferenciá-los dos produtos de seus concorrentes, o que auxilia o consumidor a reconhecê-los, levando-o a adquiri-los porque a natureza e a qualidade dos mesmos atendem às suas necessidades.

Assim, a função primordial da marca é identificar um produto, distingui-lo de outros iguais ou similares existentes no mercado.

Na forma do contido no art. 124, XIX, da LPI, antigo art. 65, 17, do revogado CPI, não é registrável como marca a *“reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia”*.

Da simples leitura do dispositivo legal conclui-se que são três os requisitos para que a marca não seja registrável com tal fundamento, quais sejam:

1) que a marca registranda imite ou reproduza, no todo, em parte ou com acréscimo, marca alheia já registrada;

2) que sirvam ambas para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim ao ramo de atividade de ambas as pessoas jurídicas interessadas; e

3) que a convivência das duas marcas possibilite erro, dúvida ou confusão no consumidor.

Portanto, dentre os requisitos exigidos para a registrabilidade da marca destacam-se a sua distintividade e disponibilidade, de forma que o sinal pelo qual se apresenta a marca deve ser distinto dos demais existentes em uso ou sob registro de outra empresa, pertencente ao mesmo gênero de atividade ou afim.

Ora, seguindo a melhor doutrina na matéria, a colidência entre marcas se afere por suas semelhanças, e não por suas diferenças e, no caso em tela, as semelhanças entre ambas, de fato, têm força suficiente para impossibilitar a coexistência harmônica entre elas, induzindo a erro, dúvida ou confusão o consumidor.

Primeiramente, nota-se que atuam ambas em ramos extremamente afins, eis que a autora - cuja constituição remonta ao ano de 1929, ainda sob a denominação KLIMMEK E CIA. LTDA. - tem por objeto a exploração da indústria e comércio de pentes, escovas, pincéis e artigos congêneres (fls. 36), enquanto que a ora apelante, constituída em 1989 (fls. 376), dedica-

se à importação e exportação e ao comércio de, entre outros elementos, material para pintura artística e papelaria (fls. 378).

Assim, como bem argumentou o INPI, *“as marcas destinam-se a proteger a mesma linha de produtos como pincéis para pintura artística e de uso escolar, tanto protegido pelo registro ora sub júdice (sic) como também o da autora”* (fls. 357).

A aproximação mercadológica entre as marcas se torna ainda mais nítida ao constatarmos que os produtos da autora já foram comercializados no estabelecimento comercial da empresa ré, conforme admitido pela própria, em suas razões de apelação, ao afirmar que *“ não mais comercializa nem pretende comercializar os pincéis da empresa Autora”* (fls. 435) e, ainda, que *“até fazia propaganda dos produtos da autora”* (fls. 436).

Tal circunstância reforça a conclusão de que o registro ora examinado também representa violação ao inciso XXIII do art. 124, tendo em vista que, evidentemente, não poderia desconhecer a existência da anterioridade impeditiva.

Sob o ponto de vista gráfico e fonético, é possível verificar que as marcas em confronto ostentam o mesmo elemento característico, qual seja, o termo *“CONDOR”*, ressaltando-se que, ainda que a marca da empresa ré apresente também a expressão *“ART SHOP”*, essa se reveste de natureza comum, razão pela qual a marca foi concedida com uma restrição no que se refere ao uso exclusivo da mesma. Observa-se, ainda, que, no conjunto marcário da ré, todo o destaque visual é dado ao termo *“CONDOR”*, o que demonstra, ao lado dos outros aspectos analisados, a nulidade na concessão do registro, o que levou, inclusive, a própria autarquia marcária a reconhecer o pedido autoral.

Procedente o pedido de nulidade, cabível o pedido de abstenção de uso.

No que se refere à condenação ao pagamento por perdas e danos, algumas considerações merecem ser feitas.

Alega a autora que o pleito de indenização deriva do desvio de clientela implementado em função da concessão indevida da marca que, a seu ver, acarretou-lhe lucros cessantes pelo não recebimento de *royalties* que

adviriam da concessão de uma licença de uso, afetou o seu aviamento (conjunto de fatores materiais ou imateriais que conferem capacidade ou aptidão de gerar lucros) e o poder mercadológico da marca, gerando, ainda, lucros espúrios para a titular do signo indevidamente concedido, que ora figura como apelante.

A responsabilidade civil submete-se à comprovação de elementos próprios e bem definidos, quais sejam: 1) o dano; 2) a conduta; e 3) o nexo de causalidade.

Em relação ao primeiro elemento, a jurisprudência mais recente do STJ indica uma linha de entendimento no sentido de que o dano material decorrente do uso indevido de uma marca é presumido, independentemente de comprovação efetiva, *verbis*:

*“CIVIL E COMERCIAL. RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCA. USO INDEVIDO. DANOS MATERIAIS. PRESUNÇÃO. DANOS MORAIS. COMPROVAÇÃO.*

*1. Os embargos declaratórios têm como objetivo sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão existente na decisão recorrida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, como ocorrido na espécie.*

*2. Na hipótese de uso indevido de marca, capaz de provocar confusão entre os estabelecimentos e conseqüente desvio de clientela, desnecessária a prova concreta do prejuízo, que se presume.*

*3. Há que ser demonstrado o efetivo prejuízo de ordem moral sofrido pelo titular do direito de propriedade industrial, decorrente da sua violação. Na hipótese, configurado pelo protesto efetuado.*

*4. Recurso especial provido.”*

*(STJ, Resp 1174098/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, P. em 15/08/2011)*

Tal entendimento, contudo, não se aplica em todo e qualquer pedido indenizatório, decorrente do uso indevido de marca.

Da leitura do inteiro teor do referido acórdão, resta claro que se reconhece o dano presumido no caso específico de ato ilícito de contrafação de marca registrada, pois este lesa forçosamente o patrimônio usurpado, constituindo-se – nos dizeres de Gama Cerqueira – “*uma das formas mais perigosas da concorrência desleal*”, não sendo possível conceber que “*provada a existência do ato ilícito, o réu se livre da condenação*”.

Observe-se o trecho a seguir, extraído do preciso voto da Ministra Nancy Andrighi, que claramente indica que o dano presumido é aplicável naquele caso concreto, e não indistintamente:

*“De fato, conforme observei no julgamento do REsp nº 466.761/RJ, não há dúvidas, na doutrina e na jurisprudência (REsp nº 30.582/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, DJe 14.08.1995) de que os danos materiais apenas são devidos se efetivamente comprovados no curso da ação de conhecimento. Mas, a questão que se coloca na hipótese é outra e está relacionada à identificação, nos casos de contrafação de marca, dos elementos suficientes à comprovação da existência de danos materiais, do **an debeatur**.*

*E, considerando a especialidade do tema, entendo que esse dano é presumido pelo potencial desvio de clientela e confusão que pode ser gerada entre as empresas envolvidas pelo uso indevido da marca de titularidade de uma delas – na hipótese, da recorrente”.*

Observa-se, pois, que o acórdão assegura que o dano pode ser presumido, mas apenas se decorrer de um ato ilícito de concorrência desleal, que não é a hipótese dos autos.

No presente feito, o INPI – de forma certa ou errada, mas sem que se tenha falado de má-fé ou de ato ilícito – concedeu um registro de marca ao ora apelante, embora já existisse marca impeditiva em vigor, enquanto que a empresa titular da mesma vem dela se utilizando regularmente, pois é possuidora – ao menos até que a sentença transite em julgado – de um título legítimo. Em outras palavras, a concessão do registro e o uso da marca em questão não decorreram, para nenhum dos réus, de ato ilícito.

Assim, inexistindo qualquer ato ilícito de concorrência desleal, o dano há que ser efetivamente comprovado, e não meramente presumido, o que não foi feito nos presentes autos.

Não havendo demonstração do dano, descabe prosseguir no exame dos demais elementos da responsabilidade civil.

Descabe, ainda, falar de responsabilidade objetiva em relação ao INPI, visto que mesmo nesse caso, há necessidade de comprovação do dano efetivo.

Pelo exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao apelo do réu e à remessa necessária, para, modificando em parte a sentença, julgar improcedente apenas o pleito de condenação ao pagamento de perdas e danos.

É como voto.

**Liliane Roriz**

Desembargadora Federal - Relatora

## **EMENTA**

Propriedade Industrial. Colidência. Marca Condor. Reprodução Indevida. Perdas e danos.

1. Seguindo a melhor doutrina na matéria, a colidência entre marcas se afere por suas semelhanças, e não por suas diferenças e, no caso em tela, as semelhanças entre ambas, de fato, têm força suficiente para impossibilitar a coexistência harmônica entre elas, induzindo a erro, dúvida ou confusão o consumidor.
2. Atuam ambas em ramos extremamente afins, eis que a autora – cuja constituição remonta ao ano de 1929 –, tem por objeto a exploração da indústria e comércio de pentes, escovas, pincéis e artigos congêneres, enquanto que a ora apelante, constituída em 1989, dedicando-se à importação e exportação e ao comércio de, entre outros elementos, material para pintura artística e papelaria. A aproximação mercadológica entre as marcas se torna ainda mais nítida ao constatarmos que os produtos da autora já foram comercializados no estabelecimento comercial da empresa ré, conforme admitido pela própria, em suas razões de apelação, ao afirmar que “não mais comercializa nem pretende comercializar os pincéis da empresa Autora” e, ainda, que “até fazia propaganda dos produtos da autora”.
3. Sob o ponto de vista gráfico e fonético, é possível verificar que as marcas em confronto ostentam o mesmo elemento característico,

qual seja, o termo "CONDOR", ressaltando-se que, ainda que a marca da empresa ré apresente também a expressão "ART SHOP", essa se reveste de natureza comum, razão pela qual a marca foi concedida com uma restrição no que se refere ao uso exclusivo da mesma. Observa-se, ainda, que, no conjunto marcário da ré, todo o destaque visual é dado ao termo "CONDOR", o que demonstra, ao lado dos outros aspectos analisados, a nulidade na concessão do registro, o que levou, inclusive, a própria autarquia marcária a reconhecer o pedido autoral.

4. A responsabilidade civil submete-se à comprovação de elementos próprios e bem definidos, quais sejam: 1) o dano; 2) a conduta; e 3) o nexo de causalidade.
5. O dano presumido pode ser reconhecido no caso específico de ato ilícito de contrafação de marca registrada, pois este lesa forçosamente o patrimônio usurpado, constituindo-se – nos dizeres de Gama Cerqueira – *"uma das formas mais perigosas da concorrência desleal"*, não sendo possível conceber que *"provada a existência do ato ilícito, o réu se livre da condenação"*.
6. Inexistindo qualquer ato ilícito de concorrência desleal, o dano há que ser efetivamente comprovado, e não meramente presumido, o que não foi feito nos presentes autos.
7. Apelação e Remessa necessária parcialmente providas.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas:

Decidem os Membros da 2ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao apelo e à remessa necessária, nos termos do voto da relatora.

Rio de Janeiro, 28 de fevereiro de 2012.

**Liliane Roriz**  
Desembargadora Federal - Relatora



---

# REMESSA EX OFFICIO E APELAÇÃO CÍVEL

---

3ª Turma Especializada

**Remessa Ex Officio e Apelação Cível:** Processo Nº 2008.51.01.007040-8

**Apelante:** União Federal / Fazenda Nacional

**Apelado:** Petróleo Brasileiro S/A - Petrobras

## RELATÓRIO

Trata-se de remessa *ex officio*, que considero existente, e de apelação interposta pela UNIÃO contra a sentença (fls. 476/488) que julgou procedente o pedido deduzido por PETRÓLEO BRASILEIRO S/A – PETROBRÁS, nos autos da ação cautelar nº 2008.51.007040-8, posteriormente convertida em ação de conhecimento pelo rito ordinário, para declarar a inexigibilidade do crédito tributário relativo à falta de recolhimento do Imposto sobre a Renda Retido na Fonte sobre remessas de numerário ao exterior para pagamento de afretamento de plataformas petrolíferas móveis, no período de fevereiro a dezembro de 1998, com a condenação da ré ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 0,5% (meio por cento) sobre o valor atribuído à causa.

Em suas razões (fls. 495/522), a Fazenda sustenta, em síntese, que as plataformas não podem ser consideradas como embarcações para fins de aplicação da alíquota zero do IRRF prevista na Lei nº 9.481/97, regulamentada pelo art. 749 do RIR//94, pois se caracterizam por ficarem estacionadas sobre determinado ponto no mar para a exploração petrolífera, não tendo por finalidade o transporte de pessoas ou de mercadorias. Alega que as plataformas constituem-se em estruturas flutuantes, na forma da Convenção Internacional sobre o Sistema Harmonizado de Designação e de Codificação de Mercadorias, assinado pelo Brasil, em 31 de outubro de 1986, e do Decreto nº 97.409/88, que deve se aplicado

para fins tributários. Aduz, ainda, que a obrigatoriedade de registro no órgão marítimo competente não tem o condão de transformar em embarcações as plataformas móveis, eis que tal inscrição advém somente da necessidade de identificação de toda construção que se localiza no mar, principalmente para fins de segurança do tráfego marítimo. Ressalta, outrossim, que o acórdão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 76.133, de 13/09/74, utilizado pela parte autora como exemplo de classificação de plataformas como embarcações, bem como o parecer CST nº 145/71 e o parecer SLTN nº 68/70, emanados da Receita Federal, são todos anteriores à citada convenção internacional. Por fim, sustenta que o valor dos honorários advocatícios, fixados em 0,5% (meio por cento) sobre o valor da causa, restou demasiadamente elevado, totalizando a quantia de R\$ 718.938,24 (setecentos e dezoito mil novecentos e trinta e oito reais e vinte e quatro centavos), em dissonância com o disposto no art. 20, §4º, do CPC.

Regularmente intimada, a Petrobrás apresenta contrarrazões, às fls. 525/536, pela manutenção do julgado.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 542/551, pelo parcial provimento do recurso, considerando que, em razão do elevado valor atribuído à causa, a fixação das verbas sucumenciais em termos percentuais não se verifica como a melhor técnica a ser aplicada, mas sim a adoção de valor fixo arbitrado com critério de equidade, a teor do previsto no art. 20, §4º, do CPC, eis que vencida a Fazenda Pública.

É o relatório. Dispensada a revisão, inclua-se em pauta.

**Salete Maria Polita Maccalóz**  
Desembargadora Federal - Relatora

## **VOTO**

Presentes os pressupostos de admissibilidade, passo à apreciação do recurso e da remessa, que considero existente. Anote-se oportunamente.

Conforme relatado, a questão deduzida em juízo cinge-se à legitimidade da remessa de numerário para o exterior, para fins de pagamento de

afretamento de plataformas petrolíferas móveis, sem o recolhimento do Imposto de Renda Retido na Fonte, com fundamento na subsunção de tal fato na hipótese prevista na Lei nº 9.481/97, que contempla com o beneplácito fiscal da alíquota as operações de frete, afretamentos, aluguéis ou arrendamento de embarcações marítimas ou fluviais.

Para uma melhor exegese da questão, impõe-se um breve histórico sobre o tratamento fiscal dado a matéria, bem como à análise da legislação, da doutrina e da jurisprudência relacionadas ao tema.

O Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 1.041/94, inicialmente, concedia isenção do imposto de renda retido na fonte sobre o afretamento de embarcações, *in verbis*:

*“Art. 743. Estão sujeitos ao imposto na fonte, de acordo com o disposto neste capítulo, a renda e os proventos de qualquer natureza provenientes de fontes situadas no País, quando percebidos:*

*I – pelas pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior (Decreto-Lei nº 5.844/43, art. 97, a); (...)”*

*“Art. 749. Excluem-se da tributação prevista no art. 743 os rendimentos atribuídos a residentes e domiciliados no exterior, correspondentes a receitas de fretes, afretamentos, aluguéis ou arrendamentos de embarcações marítimas e fluviais ou aeronaves estrangeiras, feitos por empresas, desde que tenham sido aprovados pelas autoridades competentes, bem como ao pagamento de aluguel de containers, de sobrestadia e outros pagamentos relativos ao uso de serviços de instalações portuárias (Decreto-Lei nº 5.844/43, art. 97, §2º, e Lei nº 7.713/88, art. 56).”*

Posteriormente, a matéria foi regulada pela Lei nº 9.481/97, com a redação dada pelo art. 20 da lei nº 9.532/97, e o legislador ordinário deixou de considerar que o tratamento tributário dispensado à matéria fosse considerado modalidade de exclusão do crédito tributário, passando a contemplar os pagamentos efetuados a título de “fretes, afretamentos, aluguéis ou arrendamentos de embarcações” com o benefício da alíquota zero para fins de IRRF, nos seguintes termos:

*“Art. 1º. A alíquota do imposto de renda na fonte incidente sobre os rendimentos auferidos no País, por residentes ou domiciliados no exterior, fica reduzida para zero, nas seguintes hipóteses:*

*Receitas de fretes, afretamentos, aluguéis ou arrendamentos de embarcações marítimas ou fluviais ou de aeronaves estrangeiras, feitos por empresas, desde que tenham sido aprovados pelas autoridades competentes, bem assim os pagamentos de aluguel de containers, sobrestadia e outros relativos ao uso de serviços de instalações portuárias; (...)"*

O cerne da controvérsia, portanto, reside no enquadramento, ou não, das plataformas petrolíferas no conceito de embarcação.

O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre as normas de interpretação e integração da legislação tributária, o Código Tributário Nacional, seu art. 109, estabelece:

*"Art. 109. Os princípios gerais do direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários."*

Como se pode inferir, o art. 109 dá ao legislador o poder de atribuir efeitos tributários próprios, pela via do raciocínio tipológico, analógico e presuntivo, aos princípios, conceitos e formas de direito privado. Contudo, se a lei tributária não redefinir para fins fiscais expressamente tais institutos, estes ingressarão no direito tributário mantendo seu significado original.

Deste modo, como a norma tributária, ao tratar das operações de fretamento para fins de imposto de renda retido na fonte não modificou expressamente o conceito de embarcação, apenas se referindo aos seus efeitos tributários, este deverá ser buscado na seara privada.

No que tange ao conceito de embarcação, a Lei nº 9.537, de 11 de dezembro de 1997, que regula a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional, em seu art. 2º, dispõe:

*"Para os efeitos desta Lei, ficam estabelecidos os seguintes conceitos e definições:*

*(...)*

*V - Embarcação - qualquer construção, inclusive as plataformas flutuantes e, quando rebocadas, as fixas, sujeitas a inscrição na*

*autoridade marítima e suscetível de se locomover na água, por meios próprios ou não, transportando pessoas e cargas;*

*(...)*

*XIV - Plataforma - instalação ou estrutura, fixa ou flutuante, destinada às atividades direta ou indiretamente relacionadas com a pesquisa, exploração e exploração dos recursos oriundos dos leitos das águas interiores e seu subsolo ou do mar, inclusive da plataforma continental e seu subsolo."*

Pela leitura e interpretação sistemática de tais dispositivos depreende-se que enquanto o elemento estrutural do conceito de embarcação é dado pela idéia de construção de qualquer natureza, no qual o único exemplo dado pela lei consiste nas plataformas, o elemento funcional consiste na suscetibilidade de locomoção na água, ou seja, de navegabilidade, seja qual for a forma de locomoção (por meios próprios ou não), o que afasta, de plano, as plataformas fixas que não podem ser rebocadas.

Dentro de uma interpretação literal ou gramatical, a alusão ao transporte de pessoas ou cargas não constitui elemento finalístico da norma, pois o verbo foi utilizado no gerúndio, significando tão apenas a suscetibilidade do transporte de pessoas ou cargas, e não a efetividade do mesmo ou a sua utilização como única finalidade econômica.

A análise do elemento histórico da hermenêutica do conceito de embarcação também aponta no sentido de que o emprego ou destino no transporte de pessoas ou de cargas também não constitui seu elemento essencial. Vejamos.

O Decreto nº 5.798/40, que aprovou o Regulamento para as Capitâneas dos Portos, dispunha no seu art. 187, que: "o termo embarcação, empregado neste regulamento, abrange toda construção suscetível de se locomover n'água, quaisquer que sejam suas características, estabelecendo, no parágrafo único (acrescentado pelo art. 2º do Decreto nº 76.401/75) que "incluem-se neste artigo os veículos que se movam sobre colchão de ar e os anfíbios, quando se deslocam sobre a água."

O Decreto nº 87.648/82, que instituiu um novo Regulamento para o Tráfego Marítimo – hoje também revogado – previa em seu art. 10: "*o termo embarcação empregado neste regulamento, abrange toda*

*construção suscetível de se locomover n'água, quaisquer que sejam suas características”, acrescentando o art. 11 que “o termo embarcação mercante empregado neste Regulamento, abrange as embarcações destinadas ao comércio marítimo, fluvial ou lacustre, e ao transporte de carga e/ou de passageiro”.*

Deste modo, a definição anterior de embarcação também considerava requisitos essenciais o elemento estrutural, qual seja, a existência de uma construção, e o elemento funcional, consistente na navegabilidade, sendo que o transporte de pessoas ou bens surgia apenas em uma das espécies possíveis de embarcação: as embarcações mercantes (art. 11 do Decreto nº 87.648/82).

Dentro deste contexto legal, o Supremo Tribunal Federal, em setembro de 1974, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 76.133/RJ, de relatoria do Ministro Antonio Neder, definiu que as plataformas auto-elevatórias eram embarcações, e, como tal, eram beneficiárias de isenção do IPI:

*“EMENTA: 1. Plataforma auto-elevadora para perfuração submarina. Constitui embarcação e está isenta do IPI, como expressa o art. 10, XXXIX, do Regulamento aprovado pelo Decreto n. 61.514/67.*

*2. Recurso Extraordinário provido pela 2ª Turma do STF.*

*(STF, RE Nº 76.133/RJ, Rel. Min. Antonio Neder)”*

Tal entendimento também foi externado pelo Tribunal Marítimo Administrativo, que, na Sessão Ordinária de nº 3.683, de 19 de junho de 1975, decidiu que plataforma móvel de perfuração de origem nacional era embarcação, sujeitando-se, assim, a registro obrigatório de propriedade perante o Tribunal Marítimo<sup>1</sup>.

O art. 10 do referido Regulamento para o Tráfego Marítimo foi posteriormente alterado pelo art. 1º do Decreto nº 511/92, passando a determinar que *“o termo embarcação, para efeito deste regulamento, significa qualquer construção, capaz de transportar pessoas ou coisas, suscetível de se locomover na água por meios próprios ou não.”*

Logo, pela interpretação histórica do conceito de embarcação também

---

<sup>1</sup> LUCIENE STRADA, “Natureza das Plataformas Marítimas”, CEMART, 1986.

se verifica que o art. 2º, V, in fine, da Lei nº 9.537/97 se reporta, na verdade, à capacidade, e não à finalidade de transporte de pessoas e cargas, pois as embarcações, incluindo-se aí as plataformas móveis e fixas, quando rebocadas, podem ter múltiplas finalidades distintas da do transporte.

Ressalte-se, outrossim, que oito dias após a edição da Lei nº 9.537/97, que dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional, veio a lume a Lei nº 9.578, de 19/12/1997, destinada a dar nova redação a diversos dispositivos da Lei nº 2.180/54, que regula o funcionamento do Tribunal Marítimo, acrescentando uma letra “m” ao estatuto deste tribunal, com o seguinte teor:

*“Art. 10. O Tribunal Marítimo exercerá jurisdição sobre:*

*(...)*

*m) ilhas artificiais, instalações, estruturas, bem como embarcações de qualquer nacionalidade empregadas em operações relacionadas com pesquisa científica marinha, prospecção, exploração, produção, armazenamento e beneficiamento dos recursos naturais, nas águas interiores, no mar territorial, na Zona Econômica Exclusiva e na Plataforma Continental brasileiros, respeitados os acordos bilaterais e multilaterais firmados pelo País e as normas de Direito Internacional.”*

Verifica-se assim, que na esfera de atuação do Tribunal Marítimo, embarcação também é conceito compreensivo das plataformas marítimas móveis.

Tal entendimento já foi adotado, de forma reiterada, por este Tribunal:

*“TRIBUTÁRIO. PLATAFORMAS FLUTUANTES. EMBARCAÇÃO. LEI Nº 9537/97. SEGURANÇA DO TRÁFEGO AQUAVIÁRIO EM ÁGUAS SOB JURISDIÇÃO NACIONAL. ISENÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 2º INCISO II, ALÍNEA J DA LAEI 8032/90. PEÇAS E COMPONENTES DESTINADOS AO SEU REPARO. I- A Lei nº 9.537, de 11 de dezembro de 1997, que dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional, inclui expressamente as plataformas flutuantes no conceito de embarcação. II- Pacificada, portanto, a questão da conceituação da plataforma como embarcação, infere-se que as partes, peças e componentes destinados ao seu reparo, revisão e manutenção fazem jus à isenção prevista no artigo 2º, inciso II, aliena “j” da Lei nº 8.032/90, ao revés do afirmado pela autoridade impetrada quando da negativa ao desembaraço aduaneiro sem o pagamento*

*de tributos, merecendo ser mantida a sentença ora guerreada. III- A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação cível. (AC 9802300934, Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA, TRF2 - QUARTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data::03/03/2010 - Página::70.)”*

*“TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO. REGIME DE ADMISSÃO TEMPORÁRIA. EQUIPAMENTOS DE REPARAÇÃO, REPOSIÇÃO E MANUTENÇÃO. IN/ SRF nº 136/87. REGIME COMUM DE IMPORTAÇÃO. ISENÇÃO. LEIS NºS 8.032/90 E 8.402/92. 1. Os equipamentos importados pela autora para reparo, revisão e manutenção da Plataforma “SEDCO 710” sujeitam-se ao regime comum de importação, eis que não se submetem ao regime de admissão temporária, por encontrarem-se previstos no anexo da Instrução Normativa nº 136/87, bem como ao regime de trânsito aduaneiro, tendo em vista que a plataforma a qual se destinam encontra-se operando, e não estacionada ou de passagem. 2. Os referidos equipamentos, contudo, se enquadram na isenção prevista na Lei nº 8.032/90, já em vigor à época da importação, tendo em vista que a plataforma é uma espécie de embarcação, como se pode inferir da leitura do Regulamento para o Tráfego Marítimo (Decreto nº 87.648, de 24/09/82, revogado pelo Decreto nº 2.596, de 18 de maio de 1998) e a Lei nº 9.537, de 11 de dezembro de 1997, que dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional. 3. Recurso e remessa, como existente, improvidos. Recurso adesivo provido. (AC 199902010479226, Desembargador Federal PAULO BARATA, TRF2 - TERCEIRA TURMA ESPECIALIZADA, DJU - Data::20/06/2008 - Página::549.)”*

Impende destacar, outrossim, que o Brasil aderiu tanto à Convenção Internacional para a Salvaguarda da Vida Humana no Mar (*International Convention for the Salvage of Life at Sea – SOLAS*) quanto à Convenção Internacional para a Prevenção de Poluição por Navios (*International Convention for the Prevention of Pollution from Ships – MARPOL*), através, respectivamente, dos Decretos nºs 92.610/86 e 2.508/98, que consideram plataformas móveis como navios. No caso da Plataforma “P-36”, operada pela Petrobrás e acidentada na Bacia de Campos no ano de 2001, a plataforma móvel, de bandeira italiana, portava todos os certificados obrigatórios relativos à SOLAS e à MARSOL, por exigência e fiscalização do governo italiano (processo nº 19489/2001 – Tribunal Marítimo Administrativo).

Vale ressaltar, ainda, que o Decreto nº 97.409/88, que incorporou a Convenção Internacional sobre o Sistema Harmonizado de Designação e Codificação de Mercadorias, assinado pelo Brasil em 31 de outubro de 1986, contrariamente ao apontado pela União, não afasta tal interpretação, eis que em seu capítulo 89 – embarcações e estruturas flutuantes, temos que este, de acordo com as Notas Explicativas do Sistema Harmonizado de Designação e de Codificação de Mercadorias (NESH), “compreende as embarcações de qualquer tipo e para todos os usos, de propulsão mecânica ou não, bem como as diversas estruturas flutuantes, tais como caixões, bóias de amarração, embarcadouros, bóias. Compreende, também os veículos de colchão (almofada) de ar (hovercraft) concebidos para se deslocarem sobre a água (mar, estuários, lagos) mesmo que possam pousar em praias ou desembarcadouros ou deslocar-se também sobre superfícies de gelo (Nota 5 da Seção XVII), tratando, na subposição 8905.20, as plataformas de perfuração ou de exploração, flutuantes ou submersíveis.

No plano do direito comparado, esta também vem sendo a linha adotada em outros países, como o direito norte-americano, que no Code of Federal Regulations, amplamente referido como US Code, em seu título 33, sob a rubrica “Navigation na Navigle Waters” contempla, no capítulo I as atribuições da Guarda Costeira, conceituando embarcação como “toda a descrição de nave ou outro aparelho artificial usado, ou capaz de ser usado, como meio de transporte por água”<sup>2</sup>, e, no mesmo item, em outra definição, o legislador cuidou de expressamente incluir nesse conceito inicial de embarcação, as plataformas móveis de prospecção, nos seguintes termos: “Unidade móvel de prospecção offshore ou MODU significa uma embarcação, diversa de uma embarcação pública dos Estados Unidos, capaz de engajar-se em operações de prospecção para a exploração ou exploração dos recursos submarinhos.”<sup>3</sup>

À luz do que foi até agora estabelecido, cumpre verificar se as plataformas arrendadas pela autora estão compreendidas no gênero embarcação, ante o preenchimento dos seguintes requisitos: sujeição à inscrição junto à autoridade marítima; suscetibilidade de movimentação

<sup>2</sup>“Vessel means every description of watercraft or other artificial contrivance used, or capable of being used, as a means of transportation on water.”

<sup>3</sup> “Mobile offshore drilling unit ou MODU means a vessel, other than a public vessel of the United States, capable of engaging in drilling operations for exploration or exploitation of subsea resources.”

na água, por meios próprios ou não; e possibilidade de transportarem pessoas ou cargas.

As plataformas podem se classificar em unidades de prospecção/perfuração (drilling units) ou de produção (production units), onde as primeiras realizam trabalho preliminar de perfuração e pesquisas geológicas e geofísicas para a análise da viabilidade técnica e econômica de uma determinada área, enquanto as últimas são implantadas nos locais já pesquisados e efetivamente extraem o petróleo localizado no fundo do mar, levando-o à superfície para sua separação de outras substâncias que com ele se misturam, como água, gás e certos minerais.

Sob outro prisma, as plataformas se dividem em fixas e flutuantes ou móveis.

As plataformas fixas são instaladas em águas rasas (até 200 m) constituídas de estruturas modulares de aço presas com estacas cravadas no fundo do mar e, em geral, não têm capacidade de estocagem de petróleo ou gás, que são levados para a terra através de oleodutos e gasodutos. As plataformas fixas não são consideradas embarcações, pois não possuem o atributo da navegabilidade.

As plataformas flutuantes ou móveis não ficam ligadas ao leito marinho de forma permanente, podendo ser transportadas por rebocadores ou por propulsão própria, e servem para explorar pólos que se localizam em lugares mais profundos.

Assim, quando a lei fala que são consideradas embarcações as plataformas fixas, como rebocadas, está se referindo, tecnicamente, às plataformas móveis sem propulsão própria.

Muitas são as espécies de plataformas móveis. As principais são:

- plataformas auto-elevatórias (Jack-up Rig): construída sobre um pontão estanque que flutua normalmente, dotada de pernas que, acionadas mecânica ou hidraulicamente, movimentam-se verticalmente para baixo até atingirem o fundo do mar. Uma vez firmadas as pernas sobre o fundo, a plataforma se auto-eleva acima da superfície da água, a uma altura suficiente para ficar livre das marés e ondas, sendo essa a razão porque são denominadas auto-elevatórias. São transportadas por rebocadores ou propulsão própria

e destinam-se à perfuração de poços exploratórios na plataforma continental, em lâminas d'água que variam de 5 a 130 m;

- . plataformas semi-submersíveis: são compostas de uma estrutura de um ou mais conveses, apoiada em flutuadores submersos. Possui dois tipos de sistema responsáveis pelo posicionamento da unidade flutuante: o sistema de ancoragem e o sistema de posicionamento dinâmico. Podem ter propulsão própria ou não;
- . FPSO (Floating, Production, Storage and Offloading): são navios com capacidade para processar e armazenar o petróleo, e prover a transferência do petróleo e/ou gás natural. No convés do navio, é instalada uma planta de processo para separar e tratar os fluidos produzidos pelos poços. Depois de separado da água e do gás, o petróleo é armazenado nos tanques do próprio navio, sendo transferido para um navio aliviador, que é um petroleiro que atraca na popa do FPSO, de tempos em tempos;
- . Navios-sonda: são navios projetados para a perfuração de poços submarinos que possuem uma torre de perfuração no seu centro, onde uma abertura no casco permite a passagem da coluna de perfuração. Possui sistema de posicionamento composto por sensores acústicos, propulsores e computadores, anulando os efeitos do vento, ondas e correntes que tendem a deslocar o navio de sua posição.

No caso, o auto de infração contemplou plataformas em três grupos distintos:

- a) plataformas semi-submersíveis (P07 A P15, P17, P18, P19, P21 A P27, P36 e P40);
- b) plataformas auto-elevatórias (p06); e
- c) FPSO (P31 a P35, P37 e P38).

As plataformas petrolíferas autuadas são todas móveis e encontram-se inscritas junto à autoridade marítima, conforme comprovam as cópias dos atestados de inscrição temporária de embarcação estrangeira emitidos pela Marinha do Brasil, às fls. 36/44.

A suscetibilidade de movimentação na água, ou navegabilidade, e a possibilidade de transporte de pessoas ou cargas também se encontra atestada pelos pareceres acostados às fls. 77/92, inclusive de acordo com o parecer da Diretoria de Portos e Costas da Marinha do Brasil.

A própria Ré não contesta que as plataformas em questão apresentam as características acima enumeradas, fundamentando a legitimidade da autuação no fato de que tais características teriam natureza acessória, pois as plataformas não se destinariam ao transporte de pessoas ou cargas, mas sim à prospeção de petróleo.

Como analisado anteriormente, a destinação para o transporte de pessoas ou cargas não constitui elemento essencial para o enquadramento das plataformas móveis no conceito de embarcação, impondo-se, deste modo, o reconhecimento da subsunção destas na alíquota zero do Imposto sobre a Renda Retido na Fonte prevista no art. 1º da Lei nº 9.481/97, com a redação dada pelo art. 20 da Lei nº 9.532/97.

Ainda que o princípio da capacidade contributiva seja um vetor na interpretação das leis tributárias, não se pode ignorar os demais métodos de hermenêutica e a opção do legislador ordinário.

É certo que a renúncia fiscal no caso em comento é de grande vulto e causa certa revolta até mesmo ao aplicador do direito, que, como pessoa física, é contribuinte de uma carga tributária elevadíssima.

Todavia, o que se verifica é que a aplicação da alíquota zero às operações de afretamento de plataformas móveis foi uma opção legislativa, e, como tal, somente pode ser alterada pelo próprio legislador, na medida em que, apesar de implicar em grande renúncia fiscal por parte do governo, encontra-se em perfeita consonância com o ordenamento jurídico em vigor.

Passo, por fim, à análise do cabimento da redução de honorários advocatícios, fixados em 0,5% (meio por cento) do valor da causa (cento e quarenta e três milhões, setecentos e oitenta e sete mil, seiscentos e quarenta e oito reais e oitenta e quatro centavos), alcançando o patamar de setecentos e dezoito mil reais e novecentos e trinta e oito reais e vinte e quatro centavos.

Em relação a tal pedido, entendo que se o legislador pode, através

de lei, fazer uma renúncia fiscal, favorecendo a produção de petróleo a um custo maior para a população, pode este Juízo dizer que o trabalho da defesa foi grandemente favorecido pela legislação e jurisprudência, sendo cabível, nos termos do disposto no art. 20, §4º, do CPC, a redução dos honorários advocatícios, em apreciação equitativa, para o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso e à remessa, pra reduzir os honorários advocatícios, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

**Saete Maria Polita Maccalóz**  
Desembargadora Fedral - Relatora

## **EMENTA**

Tributário. Imposto de Renda Retido na Fonte. Remessa de Numerário ao Exterior. Pagamento de Afretamento de Plataformas Móveis. Lei Nº 9.481/97. Isenção. Enquadramento no Conceito de Embarcação. Honorários.

1. A Lei nº 9.481/97, com a redação dada pelo art. 20 da lei nº 9.532/97 contempla os pagamentos efetuados a título de “fretes, afretamentos, aluguéis ou arrendamentos de embarcações” com o benefício da alíquota zero para fins de IRRF.
2. Como a norma tributária, ao tratar das operações de fretamento para fins de imposto de renda retido na fonte não modificou expressamente o conceito de embarcação, apenas se referindo aos seus efeitos tributários, este deverá ser buscado na seara privada, nos termos do art. 109 do CTN.
3. Pela leitura e interpretação sistemática dos incisos V e XIV do art. 2º da Lei nº 9.537/97, que regula a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional, depreende-se que enquanto o elemento estrutural do conceito de embarcação é dado pela idéia de construção de qualquer natureza, no qual o único exemplo dado pela lei consiste nas plataformas, o elemento funcional consiste na suscetibilidade de

locomoção na água, ou seja, de navegabilidade, seja qual for a forma de locomoção (por meios próprios ou não), o que afasta, de plano, as plataformas fixas que não podem ser rebocadas.

4. Dentro de uma interpretação literal ou gramatical, a alusão ao transporte de pessoas ou cargas não constitui elemento finalístico da norma, pois o verbo foi utilizado no gerúndio, significando tão apenas a suscetibilidade do transporte de pessoas ou cargas, e não a efetividade do mesmo ou a sua utilização como única finalidade econômica.
5. A análise do elemento histórico da hermenêutica do conceito de embarcação também aponta no sentido de que o emprego ou destino no transporte de pessoas ou de cargas também não constitui seu elemento essencial. Precedente do STF.
6. As plataformas petrolíferas autuadas são todas móveis e encontram-se inscritas junto à autoridade marítima, conforme comprovam as cópias dos atestados de inscrição temporária de embarcação estrangeira emitidos pela Marinha do Brasil, às fls. 36/44.
7. A suscetibilidade de movimentação na água, ou navegabilidade, e a possibilidade de transporte de pessoas ou cargas também se encontra atestada pelos pareceres acostados às fls. 77/92, inclusive de acordo com o parecer da Diretoria de Portos e Costas da Marinha do Brasil.
8. A própria Ré não contesta que as plataformas em questão apresentam as características acima enumeradas, fundamentando a legitimidade da autuação no fato de que tais características teriam natureza acessória, pois as plataformas não se destinariam ao transporte de pessoas ou cargas, mas sim à prospecção de petróleo.
9. A destinação para o transporte de pessoas ou cargas não constitui elemento essencial para o enquadramento das plataformas móveis no conceito de embarcação, impondo-se, deste modo, o reconhecimento da subsunção destas na alíquota zero do Imposto sobre a Renda Retido na Fonte prevista no art. 1º da Lei nº 9.481/97, com a redação dada pelo art. 20 da Lei nº 9.532/97.
10. Ainda que o princípio da capacidade contributiva seja um vetor na interpretação das leis tributárias, não se pode ignorar os demais

métodos de hermenêutica e a opção do legislador ordinário.

11. O que se verifica é que a aplicação da alíquota zero às operações de afretamento de plataformas móveis foi uma opção legislativa, e, como tal, somente pode ser alterada pelo próprio legislador, na medida em que, apesar de implicar em grande renúncia fiscal por parte do governo, encontra-se em perfeita consonância com o ordenamento jurídico em vigor.
12. Redução dos honorários advocatícios, em apreciação equitativa, nos termos do disposto no art. 20, §4º, do CPC.
13. Recurso e remessa parcialmente providos.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas: Decidem os membros da 3ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, *dar parcial provimento* ao recurso e à remessa, considerada existente, na forma do voto da Relatora.

Rio de Janeiro, 29 de maio de 2012.

**Salete Maria Polita Maccalóz**  
Desembargadora Fedral - Relatora



---

# *APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA*

---

*4ª Turma Especializada*

**Apelação em Mandado de Segurança:** Processo Nº 2004.51.01.024414-4

**Apelante:** TNL PCS S/A

**Apelado:** União Federal / Fazenda Nacional

## **RELATÓRIO**

Trata-se de apelação em face de sentença que denegou mandado de segurança, em função da inexistência de direito líquido e certo.

Nas razões de apelação a impetrante alega o seguinte:

- a. A impetração tem por objeto a não submissão da impetrante ao recolhimento de IRRF e CIDE sobre os valores devidos a operadoras estrangeiras de telefonia internacional, ou, ao menos, fossem tributados apenas os valores efetivamente remetidos ao exterior,
- b. O Regulamento Internacional de Telecomunicações ou Regulamento de Melbourne, em sua cláusula 45, item 6.1.3 só autoriza a exigência de tributo no caso de provimento de serviços internacionais de telecomunicações pelo país onde está localizado o usuário do serviço, de modo que só é passível de tributação pelo Brasil a tarifa pela prestação de serviço de telecomunicação cobrada da ora apelante dos usuários ali localizados.
- c. Tal regulamento, como corretamente informou a r. sentença, é plenamente vigente no país, por integrar o Tratado de Genebra (cláusula 216 2), devidamente integrado à ordem jurídica interna, diferentemente do que afirma o Ato Declaratório Interpretativo 25/2004 da SRF.

- d. A ressalva constante do art.1º, par. Único do Decreto Legislativo 67/98 não alcança o regulamento em tela, que não altera ou gera ônus suplementar.
- e. Ademais, a tributação de pagamento efetuado a residente no exterior refoge ao conceito de renda (art. 153, III, da CF e art. 43, CTN) por tratar-se de receita bruta, inconfundível com acréscimo patrimonial.
- f. Ainda que assim não fosse, impor-se-ia a aplicação dos tratados internacionais para evitar a dupla tributação para deter a exigência de IRF sobre remessa de recursos para empresas de telecomunicações domiciliadas no exterior (cf. art 7º de tais acordos) equivocadamente, já que constituem atividade normal da empresa.
- g. Quando menos, somente poderiam IRF e CIDE incidir sobre o valor efetivamente pago às operadoras estrangeiras, pois o Ato Declaratório interpretativo 25/40, art. 3º, ao estabelecer como base de cálculo das incidências o valor total da operação, “ainda que não sejam as remessas integralmente enviadas ao exterior”, contraria novamente o regulamento de Melbourne e subverte o regime de caixa que rege os tributos referidos, que não permite a incidência de tais tributos sobre meros créditos contáveis, sem que ocorra entrega efetiva de recursos. Com isso, os tributos incidiriam não sobre os valores compensáveis entre as operadoras, mas unicamente sobre os eventuais saldos remetidos efetivamente.

Apresentadas contra-razões nos seguintes termos:

- a) Não há direito líquido e certo em relação à incorporação do Regulamento de Melbourne ao direito interno.
- b) O Ato Declaratório Normativo COSIT 1/00 não apresenta inovação jurídica, apenas interpretando as normas já existentes.
- c) O art. 7º do Acordo contra a Dupla Tributação não é aplicável ao caso tratado, visto que os rendimentos em questão não correspondem a lucros.

O MPF opina pelo não provimento do apelo.

É o relatório. Peça dia para julgamento.

## VOTO

A r. sentença recorrida, ao reconhecer a ausência de direito líquido e certo a fundamentar a impetração do *mandamus*, fê-lo em relação ao procedimento de internalização do tratado invocado pelo impetrante. Porém, é fato incontroverso entre as partes que o Tratado de Genebra foi regularmente incorporado ao ordenamento jurídico interno do Brasil, pelo Decreto Legislativo 67/98 e pelo Decreto Presidencial 2962/99, remanescendo, unicamente, controvérsia a respeito da vinculação do Regulamento de Melbourne àquele tratado. Sendo eminentemente jurídica tal questão, não há que se falar em inexistência de direito líquido e certo.

A parte impetrante postula a aplicação do Regulamento de Melbourne ao caso, dispensando-se a tributação, por IRRF e CIDE, relativamente às remessas vinculadas ao chamado “tráfego sainte”, no âmbito dos serviços internacionais de telecomunicações. O referido tratado estabelece:

*45 6.1.3 Cuando en la legislación nacional de un país se prevea la aplicación de una tasa fiscal sobre la tasa de percepción por los servicios internacionales de telecomunicación, esa tasa fiscal sólo se percibirá normalmente por los servicios internacionales de telecomunicación facturados a los clientes de ese país, a menos que se concierten otros arreglos para hacer frente a circunstancias especiales.”*

Pretende-se a extensão dessa norma por força da Constituição e Convenção da União Internacional de Telecomunicações, o sobredito Tratado de Genebra, que traz em seus termos:

*“Artigo 4*

*31.3. As disposições da presente Constituição e da Convenção se complementam, ademais, com as dos Regulamentos Administrativos seguintes, que regulam o uso das ele comunicações e terão caráter vinculativo para todos os membros:*

*Regulamento das Telecomunicações Internacionais”*

*“Artigo 54*

*215.1. Os Regulamentos Administrativos mencionados no artigo 4 da presente Constituição são instrumentos internacionais obrigatórios e estarão sujeitos às disposições desta última e da Convenção.*

*216.1. A ratificação, aceitação ou aprovação da presente Constituição e da Convenção ou a adesão às mesmas, em razão dos artigos 52 e 53 da presente Constituição, inclui também o consentimento de obrigar-se pelos Regulamentos Administrativos, adotados pelas Conferências Mundiais competentes antes da data da assinatura da presente Constituição e da Convenção. Tal consentimento se entende como sujeição a toda reserva manifestada no momento da assinatura dos citados Regulamentos ou a qualquer revisão posterior dos mesmos, sempre e quando ele se mantenha no momento de depositar o correspondente instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão."*

Depreende-se, portanto, do teor da Convenção, que os Regulamentos vigentes à data de assinatura da mesma ficam automaticamente incorporados como normas complementares, tão vinculativas quanto o texto principal da própria Convenção. No caso do Regulamento Internacional de Telecomunicações, além de ser expressamente

mencionado no art.4º da Convenção de Genebra, foi assinado em 09.12.1988 (fls.352), portanto, anteriormente à Convenção, sendo-lhe, assim, plenamente aplicável a norma vazada no art.54 da Convenção, item 216.1.

Note-se também que o Brasil foi signatário do Regulamento em questão, sem formular qualquer reserva expressa ao teor da norma isentiva de tributo (fls.372).

Resta examinar a disposição do Decreto Legislativo 67/98, art.1º, parágrafo único, no sentido de que "*são sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que alterem os referidos Protocolos, assim como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do art.49, I, da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional*". Quer a Fazenda Nacional que tal disposição impeça a consideração do Regulamento de Melbourne como parte integrante da Constituição e Convenção da UIT, exigindo, assim, um processo específico de internalização. Esta não é, todavia, a melhor interpretação.

O Tratado de Melbourne está tão claramente referido no texto da Convenção de Genebra, sendo tão cristalina a expressão de seu caráter vinculativo que é impossível exigir-se para a mesma um ato específico de internalização. O exame do texto desta última pelos órgãos

constitucionalmente competentes para realizar a internalização supõe o exame e aprovação de todas as normas complementares expressamente referidas em seu texto.

O dispositivo presente no decreto legislativo intenta apenas evitar que a regulamentação posterior à internalização venha a acarretar novos compromissos ao patrimônio nacional sem a devida apreciação específica. A própria convenção, aliás, estabelece, para as modificações dos regulamentos administrativos adotadas posteriormente, um processo de aplicação provisória (artigo 54, item 217.3) até que o Membro signatário manifeste sua aprovação ou reserva relativamente à modificação. Ora, um tal sistema vem apenas confirmar que os termos dos regulamentos existentes à data de assinatura da Convenção de Genebra restaram automaticamente incorporados a seu texto, sendo internalizados por intermédio do Decreto Legislativo 67/98, para os fins do art.49, I, da CF; e pelo Decreto Presidencial 2962/99, para os fins do art.84, VIII, da CF.

Nesse sentido:

*“TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL AGRADO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL CONVENÇÃO DA UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (UIT) - REGULAMENTO DE MELBOURNE. ISENÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO DE RENDA. PROCESSO DE INCORPORAÇÃO AO DIREITO PÁTRIO. DECRETO LEGISLATIVO 67/1998. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. ALEGADA VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS DO CTN. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO, SÚMULA 211 DO STJ. INCIDÊNCIA. 1. Cuida-se, originariamente, de mandado de segurança objetivando garantir alegado direito líquido e certo da empresa autora de realizar remessas ao exterior, como prestação por cessão de redes de telefonia de que se utiliza fora do território nacional, sem a incidência de IR retido na fonte, como exigido pelo art. 685, II, “a”, do Decreto 3.000/99, com fulcro na Convenção da União Internacional de Telecomunicações - UIT (fl. 752). 2. O acórdão do TRF da 2ª Região, em síntese, decidiu: a) compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional, ao qual compete, exclusivamente, resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (CF/88, arts. 84, VIII, e 49, I); b) a Constituição e a Convenção da União Internacional de Telecomunicações (UIT) foram incorporadas ao nosso ordenamento*

*jurídico através do Decreto Legislativo n° 67, de 15.10.98, e do Decreto Presidencial n° 2.962, de 23.02.99: c) o Regulamento Administrativo de Melbourne. De 1988. é parte integrante da UIT. o qual prevê em seu art. 45. item 6.1.3, isenção tributária no caso de oontraprestação pela cessão de redes de telefonia de que se utiliza fora do território nacional, para completar as ligações efetuadas do Brasil para o exterior, não se tratando de ajuste complementar: d) o CTN prevê a primazia dos tratados e convenções internacionais sobre a legislação tributária interna, nos termos do seu art. 98. 3. Tem-se que a matéria dos artigos 97, II, VI e 176, do Código Tributário Nacional, não foi debatida no acórdão recorrido, mesmo com a oposição de embargos de declaração. Incidência da Súmula 211 do STJ. 4. No que se refere à alegada violação do art. 1°, parágrafo único, do Decreto Legislativo 67/1998, relativa ao procedimento de incorporação em nosso direito interno da Convenção da União Internacional das Telecomunicações (UIT) e do Regulamento Administrativo de Melbourne, registre-se que o acórdão proferido pelo TRF da 2ª Região solucionou a questão com fundamento eminentemente constitucional, nos termos da interpretação dos artigos 49, I, 84, VIII, da CF. 5. Frise-se que o recurso interposto pela Fazenda Nacional escora-se na alegação de que o Regulamento de Melbourne, parte integrante da Convenção da União Internacional de Telecomunicações - UIT, não teria força de lei porque não obedecido o procedimento constitucional previsto para sua incorporação no direito interno. 6. O fundamento constitucional assentado pelo acórdão recorrido, inclusive, corroborado pelas razões recursais desenvolvidas pela recorrente, afasta a possibilidade de revisão do julgado na via do recurso especial, por sua competência ser restrita à uniformização do direito - infraconstitucional federal. 7. Agravo regimental não provido.”*

*(STJ, AGRESP 1104543, 1ª Turma, rei. MIN. BENEDITO GONÇALVES, DJE 10.05.2010)*

*“CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E INTERNACIONAL PÚBLICO - CONSTITUIÇÃO E CONVENÇÃO DA UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (UIT) - REGULAMENTO ADMINISTRATIVO DE MELBOURNE - ISENÇÃO TRIBUTÁRIA - DECRETO LEGISLATIVO N° 67/98 E DECRETO N° 2.962/99. 1. Mandado de segurança objetivando garantir alegado direito líquido e certo de não recolher imposto de renda na fonte sobre as remessas feitas à empresa domiciliada em país membro da Convenção da União Internacional das Telecomunicações (UIT), como contraprestação pela cessão de redes de telefonia de que a impetrante se utiliza fora do*

*território nacional, para completar as ligações efetuadas do Brasil para o exterior (tráfego sainte), com base no Decreto Legislativo nº 67/98 e no Decreto nº 2.962/99. 2. Compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional, ao qual compete, exclusivamente, resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (CF/88, arts. 84, VIII, e 49, I). 3. A Constituição e a Convenção da União Internacional de Telecomunicações, aprovadas em Genebra, em 1992, e Quioto, em 1994, foram incorporadas ao nosso ordenamento jurídico através do Decreto Legislativo nº 67, de 15.10.98, e do Decreto Presidencial nº 2.962, de 23. 02.99. 4. São instrumentos da UIT a sua constituição, convenção e os regulamentos administrativos, ficando seus membros obrigados a aterem-se às suas disposições, conforme dispõem seus artigos 4. item 29.1: 6. item 37.1: 54. itens 215.1 e 216.2. 5. O Regulamento Administrativo de Melbourne de 1988. é parte integrante da UIT. o qual prevê em seu art. 45. item 6.1.3. isenção tributária às despesas com o denominado “tráfego sainte”. 6. Sendo parte integrante da UIT. o Regulamento Administrativo de Melbourne teve sua aplicação no direito interno garantida pelo Decreto Legislativo nº 67/98 e pelo Decreto nº 2.962/99. não se tratando de ajuste complementar. 7. O art. 98 do Código Tributário Nacional prevê a primazia dos tratados e convenções internacionais sobre a legislação tributária interna. 8. Apelação provida.*

*(TRF, 2a Região, A.M.S. 200351010127998, 3a Turma Especializada, rel. DES. FED. PAULO BARATA, DJ 28.02.2007, p.92)*

É o quanto basta para deferir ao impetrante seu pedido, ria maior extensão postulada.

Pelo exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso, concedendo a segurança, para que a impetrada se abstenha de autuar a impetrante pelo não recolhimento de IRF e CIDE sobre a remessa ao exterior dos valores relativos à prestação de serviços de telefonia internacional - tráfego sainte. Condeno a impetrada ao ressarcimento das custas adiantadas, devidamente atualizadas.

**Alberto Nogueira**  
Desembargador Federal Relator

## **VOTO VISTA**

TNL PCS S/A impetrou o presente Mandado de Segurança contra ato do DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA NO RIO DE JANEIRO na qual postula a concessão da segurança para que a autoridade coatora se abstenha de impor-lhe penalidades pela ausência de recolhimento do IRRF e da CIDE sobre a remessa ao exterior dos valores relativos à prestação de serviços de telefonia internacional – tráfego *sainte*. Alternativamente, requer a declaração de seu direito de efetuar a retenção e/ou recolhimento do IRRF e da CIDE sobre os valores efetivamente remetidos ao exterior, após realizadas as compensações, excluídas, com relação ao IRRF, as operações realizadas com países com quais o Brasil mantenha tratado contra dupla tributação.

Sustenta a sua pretensão no Regulamento de Melbourne, integrante da Convenção de Genebra da qual o Brasil foi signatário, e ratificado, publicado e integrado ao ordenamento jurídico interno, que exonera da tributação a remuneração paga em favor de operadora estrangeira, de modo que não pode ser exigido qualquer tributo sobre os valores relativos ao tráfego *sainte* internacional, exceto no que respeita o usuário nacional.

Aduz, ainda, que mesmo que fosse possível a incidência de IRRF e CIDE sobre tais operações, a exigência só poderia recair sobre o saldo pago, creditado, entregue, empregado ou remetido ao exterior, por força da lógica interna e da aplicação da legislação aplicável ao IRRF e CIDE, sujeitos ao regime de caixa, que supõe efetiva disponibilidade econômica.

O Juízo da 24ª Vara Federal julgou improcedente o pedido sob o fundamento de que o Regulamento de Melbourne não foi incorporado ao direito brasileiro (fls. 307/309).

Às fls. 314/438, a parte autora interpôs apelação, na qual reitera os argumentos contidos na petição inicial e postula a procedência do pedido.

Contra-razões da União Federal às fls. 442/446.

Parecer do órgão do Ministério Público Federal, às fls. 452, pelo desprovimento do recurso.

Na sessão de julgamento de 22/03/2011, o eminente relator, Des. Fed.

Alberto Nogueira, proferiu voto (fls. 520/529) no sentido do provimento do recurso, sustentando que o Regulamento de Melbourne, que dispensa a tributação por IRRF e CIDE relativamente às remessas vinculadas ao chamado tráfico *sainte*, no âmbito dos serviços internacionais de telecomunicações, está em vigor no Brasil, em razão dos artigos 4, item 31.3, e 54, itens 215.1 e 216.1, e do fato de o Brasil ser signatário do regulamento em questão, sem qualquer reserva expressa ao teor da norma isentiva. Ressaltou que o disposto no artigo 1º, do Decreto-Legislativo nº 67/98, não impede a consideração do Regulamento de Melbourne como parte integrante da Constituição e Convenção da União Internacional de Telecomunicações, nem exige um processo específico de internalização, pelo fato de o Tratado de Melbourne estar claramente referido no texto da Convenção de Genebra. Destacou que o dispositivo em questão visa apenas a evitar que a regulamentação posterior à internalização venha a acarretar novos compromissos ao patrimônio nacional sem a devida apreciação específica.

Na ocasião, acompanhei o voto do culto relator (fls. 530) e o conspícuo Desembargador Federal Luiz Antônio Soares pediu vista dos autos.

Na sessão de julgamento do dia 23/08/2011, o eminente Des. Fed. Luiz Antônio Soares, no voto de fls. 533/541, negou provimento à apelação.

Fundamentou seu voto na tese de que a cláusula 45, item 6.1.3, do Regulamento de Melbourne, invocada pela apelante, somente terá eficácia no plano interno se houver expressa e específica anuência pelas Casas Legislativas do Congresso Nacional, pelo fato de acarretar encargos ao Brasil, ainda que pela via da desoneração tributária. Como jamais foi examinado pelo Congresso Nacional, não tem vigência na ordem interna.

Na ocasião, o douto Desembargador Federal José Ferreira Neves Neto entendeu descaber sua intervenção no processo, em virtude da aposentadoria do relator Des. Federal Alberto Nogueira, uma vez que o artigo 143, § 1º, do Regimento Interno do TRF-2ª Região, prescreve que o julgamento que tiver sido iniciado prosseguirá, computando-se os votos já proferidos pelos Desembargadores, mesmo que não compareçam na sessão de continuação do julgamento ou hajam deixado o exercício do cargo, ainda que o Desembargador afastado seja o Relator, o que impede a prolação de um quarto voto (fls. 552).

O Desembargador Federal Luiz Antônio Soares também suscitou a dúvida se, no caso de provimento do recurso, haveria declaração de inconstitucionalidade de dispositivo federal, a determinar a afetação do julgamento ao Plenário (fls. 552).

Manifestei o entendimento de que a questão seria apenas de aplicabilidade, ou não, do Regulamento de Melbourne, sem que haja a declaração de inconstitucionalidade de qualquer dispositivo federal (fls. 553) e requeri vista dos autos para novo exame do mérito e das questões novas suscitadas no voto do Desembargador Federal Luiz Antônio Soares (fls. 554).

#### **I – DO ARTIGO 143, § 1º, DO RITRF-2 E DA IMPOSSIBILIDADE DE PROLAÇÃO DE QUARTO VOTO NO PRESENTE PROCESSO.**

Inicialmente, reiterando manifestação oral feita na sessão de julgamento ocorrida em 23/08/2011, consigno que a aposentadoria do relator, Des. Fed. Alberto Nogueira, antes da conclusão do julgamento, não autoriza ou determina a intervenção de um quarto julgador para que profira voto em substituição ao já proferido pelo relator aposentado.

É que o artigo 143, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, prescreve que: *“o julgamento que tiver sido iniciado prosseguirá, computando-se os votos já proferidos pelos Desembargadores, mesmo que não compareçam na sessão de continuação do julgamento ou hajam deixado o exercício do cargo, ainda que o Desembargador afastado seja o Relator.”*

Ademais, o artigo 161 do citado regimento interno prevê que *“o julgamento das Turmas será tomado pelo voto de 3 (três) julgadores”*.

#### **II – DA VIGÊNCIA DO REGULAMENTO DE MELBOURNE DA ORDEM JURÍDICA INTERNA**

Conforme o artigo 84, inciso VIII, compete ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

Já o artigo 49, inciso I, dispõe que é competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Assim, a recepção de tratados internacionais em geral e dos acordos que o Brasil celebra depende da aprovação pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, e da ratificação pelo Presidente da República, na qualidade de Chefe de Estado, com a sua promulgação através de decreto, para viabilizar a produção de efeitos na ordem interna.

A Constituição e Convenção da União Internacional de Telecomunicações, aprovadas em Genebra em 1992, e Quioto, em 1994, foram incorporadas ao ordenamento jurídico nacional através do Decreto Legislativo nº 67, de 15 de outubro de 1988, e do Decreto Presidencial nº 2.962, de 23 de fevereiro de 1999.

O Decreto Legislativo nº 67/98 tem a seguinte redação:

*“Art. 1º - São aprovados os textos dos Atos Finais da Conferência Adicional de Plenipotenciários de Genebra, ocorrida em 1992, e da Conferência de Plenipotenciários de Quioto, ocorrida em 1994, da União Internacional de Telecomunicações – UTI.*

*Parágrafo único – São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que alterem os referidos Protocolos, assim como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do artigo 49, I, da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.*

*Art. 2º- Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação.”*

Já o Decreto nº 2.962, de 23 de fevereiro de 1999, tem o seguinte teor:

*“Art. 1º - A Constituição e a Convenção da União Internacional de Telecomunicações, concluídas em Genebra, em 22 de dezembro de 1992, e seu instrumento de Emenda aprovado em Quioto, em 14 de outubro de 1994, apensos por cópia a este Decreto, deverão ser executados e cumpridos tão inteiramente como neles se contém.*

*Art. 2º - Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.”*

Por sua vez, conforme os artigos 4, item 29.1, e 6, item 37.1, da Convenção, os instrumentos da União Internacional das Telecomunicações são sua constituição, sua convenção e os regulamentos administrativos.

O artigo 54, nos itens 215.1 e 216.2, estabelece:

*“215.5 – Os Regulamentos Administrativos mencionados no artigo 4º da presente Constituição são instrumentos internacionais obrigatórios e estarão sujeitos às disposições desta última e da Convenção.*

*216.2 – A ratificação, aceitação ou aprovação da presente Constituição e da Convenção ou a adesão às mesmas, em razão dos artigos 52 e 53 da presente Constituição, inclui também o consentimento de obrigar-se pelos Regulamentos Administrativos adotados pelas Conferências Mundiais competentes antes da data da assinatura da presente Constituição e da Convenção. Tal consentimento se entende como sujeição a toda reserva manifestada no momento da assinatura dos citados Regulamentos ou a qualquer revisão posterior dos mesmos, sempre e quando ele se mantenha no momento de depositar o correspondente instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão”.*

Destarte, o Regulamento de Melbourne, de 1988, é parte integrante da União Internacional de Telecomunicações, e, no artigo 45, item 6.1.3, prevê a isenção tributária sobre as despesas com o denominado “tráfego sainte”, como se vê:

*“6.1.3 – Quando a legislação nacional de um país preveja a aplicação de um tributo sobre a tarifa de percepção, pelo provimento de serviços internacionais de telecomunicações, esse tributo somente se aplicará aos serviços internacionais de telecomunicações faturados a clientes desse país, a menos que seja acordado o contrário, para atender circunstâncias especiais”.*

O Brasil foi signatário do indigitado regulamento sem qualquer reserva expressa quanto o teor da norma isentiva (fls. 372).

A conjugação de todos os dispositivos transcritos leva às seguintes ilações:

- a) A teor da Constituição e Convenção da União Internacional das Telecomunicações, os regulamentos vigentes à data de sua assinatura

ficam automaticamente incorporados como normas complementares, tão vinculativas quanto o texto principal da própria Convenção;

- b) o Regulamento das Telecomunicações Internacionais (Regulamento de Melbourne), anterior à Constituição da União Internacional das Telecomunicações, é parte integrante desta, de modo que a aprovação, aceitação ou ratificação dela e da Convenção importa o consentimento pelo Estado Nacional em se obrigar pelo referido regulamento;
- c) Por essa razão, o exame do texto da Convenção de Genebra pelos órgãos constitucionalmente competentes neste país para realizar sua internalização supõe o exame e aprovação de todas as normas complementares expressamente referidas em seu texto;
- d) O parágrafo único do Decreto Legislativo nº 67/98 somente sujeitou à aprovação específica do Congresso Nacional atos futuros que alterem os referidos protocolos ou ajustes complementares que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, isto é, regulamentação posterior à internalização;
- e) Embora o Regulamento de Melbourne preveja isenção tributária, que importa renúncia de receita, gravosa ao patrimônio nacional, não é ajuste complementar, uma vez que é anterior à Constituição da UIT, que prevê a sua aplicação integral, de modo que não se sujeita à ressalva contida no parágrafo único do Decreto Legislativo nº 67/98 e tem vigência na ordem interna desde a incorporação da Constituição e Convenção da União Internacional de Telecomunicações, ou seja, desde a publicação do Decreto Presidencial nº 2.962/99;
- f) A isenção é aplicável por ter vigência na ordem interna e o CTN prescrever, no artigo 98, que os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.

Neste sentido, transcrevo precedentes deste TRF:

*“CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E INTERNACIONAL PÚBLICO – CONSTITUIÇÃO E CONVENÇÃO DA UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (UIT) - REGULAMENTO ADMINISTRATIVO DE MELBOURNE – ISENÇÃO TRIBUTÁRIA – DECRETO LEGISLATIVO Nº 67/98 E DECRETO Nº 2.962/99.*

*1. Mandado de segurança objetivando garantir alegado direito líquido e certo de não recolher imposto de renda na fonte sobre as remessas feitas à empresa domiciliada em país membro da Convenção da União Internacional das Telecomunicações (UIT), como contraprestação pela cessão de redes de telefonia de que a impetrante se utiliza fora do território nacional, para completar as ligações efetuadas do Brasil para o exterior (tráfego sainte), com base no Decreto Legislativo nº 67/98 e no Decreto nº 2.962/99.*

*2. Compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional, ao qual compete, exclusivamente, resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (CF/88, arts. 84, VIII, e 49, I).*

*3. A Constituição e a Convenção da União Internacional de Telecomunicações, aprovadas em Genebra, em 1992, e Quioto, em 1994, foram incorporadas ao nosso ordenamento jurídico através do Decreto Legislativo nº 67, de 15.10.98, e do Decreto Presidencial nº 2.962, de 23. 02.99,*

*4. São instrumentos da UIT a sua constituição, convenção e os regulamentos administrativos, ficando seus membros obrigados a aterem-se às suas disposições, conforme dispõem seus artigos 4, item 29.1; 6, item 37.1; 54, itens 215.1 e 216.2.*

*5. O Regulamento Administrativo de Melbourne, de 1988, é parte integrante da UIT, o qual prevê em seu art. 45, item 6.1.3, isenção tributária às despesas com o denominado “tráfego sainte”.*

*6. Sendo parte integrante da UIT, o Regulamento Administrativo de Melbourne teve sua aplicação no direito interno garantida pelo Decreto Legislativo nº 67/98 e pelo Decreto nº 2.962/99, não se tratando de ajuste complementar. 7. O art. 98 do Código Tributário Nacional prevê a primazia dos tratados e convenções internacionais sobre a legislação tributária interna.*

8. *Apelação provida*”. (TRF-2ª Região, AMS nº 54461, rel. Des. Fed. Paulo Barata, 3ª Turma, j. 13/12/2006).

*“DIREITO CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E INTERNACIONAL PÚBLICO. REGULAMENTO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES DE MELBOURNE – REGRA EXONERATIVA DE TRIBUTAÇÃO (ART 6º) – TERMO INICIAL DE VIGÊNCIA INTERNA DA REGRA INTERNACIONAL – DATA DO DEPÓSITO DA RATIFICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E DA CONVENÇÃO DA UNIÃO INTERNACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – “UIT”, CONFORME DECRETO Nº 2.962/99.*

*I – A Secretaria da Receita Federal, ao responder ao Procedimento de Consulta nº 10768.002.248/99-73, reconhece o direito quando à aplicabilidade do art. 6º, do Regulamento Internacional de Telecomunicações, de Melbourne, que isenta da tributação as “Despesas do Tráfego Sainte”, porém, somente depois da data do depósito da Ratificação pelo Presidente da República, em 19 de outubro de 1998, dos Atos relativos à Constituição e à Convenção da União Internacional de Telecomunicações, de Genebra;*

*II – A questão objeto do presente Mandado de Segurança circunscreve-se, pois, ao termo inicial de vigência da regra internacional relativa à isenção tributária relativamente às operações de telecomunicações internacionais que se iniciam no Brasil e finalizam em outro País, sobre os valores que são pagos, à empresa estrangeira interveniente, pela operadora nacional que tem o encargo perante o usuário de realizá-la, que se denominam “Despesas do Tráfego Sainte”; III – Para a vigência interna das regras que defluem de Tratados, Acordos e demais atos internacionais é necessário que se observem as normas da Constituição Federal que impõem a participação do Congresso Nacional (art. 49, I) e do Presidente da República (art. 84, VIII), que conforme juízo de conveniência e oportunidade, discricionariamente, pois, procede, ou não, ao depósito da Ratificação do Ato Internacional cujas regras entender devam integrar o ordenamento jurídico pátrio;*

*IV – Somente depois do depósito da Ratificação dos Atos Internacionais, o Governo brasileiro se obriga a cumpri-los internamente, eis que configura ato de Soberania nacional. In casu ocorre em 19.10.98, conforme descreve o Decreto nº 2.962/99;*

*V – Para o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental em Carta Rogatória – AGRCR nº 8.279-4 (DJ 10.08.2000),*

*a recepção dos Tratados Internacionais em geral e dos Acordos que o Brasil celebra depende da aprovação pelo Congresso Nacional, mediante Decreto Legislativo, e da Ratificação pelo Chefe de Estado, com a sua promulgação através de Decreto, para viabilizar a produção dos efeitos inerentes à vigência doméstica;*

*VI – O comprovante de recolhimento a posteriori das importâncias objeto do Processo Administrativo nº15374.000029/00-85, em que a Secretaria da Receita Federal reconhece, a partir de 19.10.98, o direito à isenção do imposto de renda sobre as remessas para empresas de telecomunicação estrangeiras, pela prestação de serviços de complementação de ligações telefônicas que se iniciam no Brasil, em nada altera o presente entendimento;*

*VII – Apelação em Mandado de Segurança a que não se conhece, por perda de objeto” (TRF-2ª Região, AMS nº 46269, rel. Des. Fed. França Neto, 5ª Turma, j. 07/12/2004) .*

### **III – DA INEXISTÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE A DETERMINAR A APLICAÇÃO DO ARTIGO 97 DA CF/88 E DO ARTIGO 481 DO CPC**

O provimento da apelação com a conseqüente concessão da segurança não importam, diversamente do questionamento suscitado pelo culto Desembargador Federal Luiz Antônio Soares na sessão de julgamento de 23/08/2011, a declaração incidental de inconstitucionalidade de qualquer dispositivo da legislação federal.

De fato, o provimento da apelação, conforme os termos deste voto e do voto do relator, não deriva da declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º do Decreto Legislativo nº 67/98, mas sim do reconhecimento da desnecessidade de aprovação específica do Regulamento de Melbourne, em razão de integrar a Constituição e Convenção da UIT.

Logo, a apesar da constitucionalidade, da validade do parágrafo único do artigo 1º do Decreto Legislativo nº 67/98, em consonância com o artigo 49, inciso I, da Carta Magna, a ressalva nele contida não se aplica ao Regulamento de Melbourne, que é ajuste anterior e integrante da própria Convenção da UIT e, por isso, tem vigência na ordem interna desde a incorporação da Constituição e Convenção da União Internacional de Telecomunicações, ou seja, desde a publicação do Decreto Presidencial nº 2.962/99.

Assim, a hipótese não comporta a afetação do julgamento ao Plenário deste Tribunal.

Em face do exposto, mantenho o entendimento manifestado na sessão do dia 22/03/2011, e acompanho o voto do relator, Desembargador Federal Alberto Nogueira, para DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO DA IMPETRANTE, e conceder a segurança para determinar que a impetrada se abstenha de exigir da impetrante o recolhimento de IRRF e CIDE sobre a remessa ao exterior dos valores relativos à prestação de serviços de telefonia internacional – tráfego sainte.

Custas pela UNIÃO FEDERAL.

Sem condenação em honorários advocatícios na forma da Súmula nº 105 do STJ.

É como voto.

Rio de Janeiro, 29 de novembro de 2011.

**Luiz Norton Baptista de Mattos**  
Juiz Federal Convocado

## **VOTO VISTA**

A questão controvertida nestes autos foi bem delimitada pela relatoria e consiste em saber se o impetrante está sujeito ao recolhimento do IRRF e CIDE sobre a remuneração das ligações internacionais originadas no Brasil, prestadas complementarmente por empresas estrangeiras, ou, ao menos, sobre o saldo efetivamente enviado ao exterior após a compensação de crédito e débito entre as empresas de telefonia no “tráfego de sainte”.

Em síntese, dois são os fundamentos da apelante: a) a eficácia interna do Regulamento de Melbourne, de 1988, ratificado pelo Tratado de Genebra, de 1992, que somente admite a tributação dos serviços de telecomunicações pelo país onde está localizado seu usuário (cláusula 45, item 6.1.3),<sup>1</sup> e b) incompetência da União para instituir imposto de renda

---

<sup>1</sup>“6.1.3. Cuando em la legislación nacional de un país se previa la aplicación de una tasa fiscal sobre la tasa de percepción por los servicios internacionales de telecomunicación, esa tasa fiscal sólo se percibirá normalmente por los servicios internacionales de telecomunicación facturados a los clientes de ese país, a menos que se

sobre os valores pagos por serviços prestados a empresa de telefonia domiciliada no exterior, nos termos dos arts. 153, III, da CF/88 e 43 do CTN.

A sentença proferida às fls. 307/309, denegou a segurança por entender que o Regulamento de Melbourne, nos termos do Ato Interpretativo nº 25/2004, da SRF, não teria sido incorporado ao Brasil.

No voto que proferiu em sessão pretérita, o ilustre Relator destacou que referido regulamento foi validamente incorporado ao ordenamento jurídico interno, por força da disposição contida na cláusula 216.2<sup>2</sup> do Tratado de Genebra (Convenção da União Internacional das Telecomunicações – UIT), aprovado pelo Decreto Legislativo nº 67/98 e promulgado pelo Decreto nº 2.962/99, que previu a ratificação de todos os Regulamentos Administrativos anteriores.

Observou, na oportunidade, que a Convenção da UIT foi aprovada pelo Congresso Nacional sem reservas, razão por que entendeu plenamente válida a regra isentiva prevista na cláusula 45 do Regulamento de Melbourne, ressaltando que não se aplicaria a restrição contida no art. 1º, § 1º,<sup>3</sup> do Decreto Legislativo nº 67/98, destinada apenas aos novos acordos firmados pela UIT, que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Inicialmente, acompanho o colega no que se refere ao não cabimento da alegação da União de ausência do direito líquido e certo invocado, uma vez que a pretensão deduzida tem natureza nitidamente declaratória e restringe-se à discussão acerca da repercussão do Regulamento de Melbourne sobre o sistema tributário interno, matéria exclusivamente de direito, sem pedido específico a exigir prova pré-constituída.

No mérito, entretanto, peço vênia para contextualizar a questão sobre outro enfoque.

concierten otros arreglos para hacer frente a circunstancias especiales.”

<sup>2</sup> “216 2. A ratificação, aceitação ou aprovação da presente Constituição e da Convenção ou a adesão às mesmas, em razão dos artigos 52 e 53 da presente Constituição, inclui também o consentimento de obrigarse pelos Regulamentos Administrativos, adotados pelas Conferências Mundiais competentes antes da data da assinatura da presente Constituição e da Convenção. Tal consentimento se entende como sujeição a toda reserva manifestada no momento da assinatura dos citados Regulamentos ou a qualquer revisão posterior dos mesmos, sempre e quando ele se mantenha no momento de depositar o correspondente instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão.”

<sup>3</sup> “Art. 1º. § 1º. São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que alterem os refreios Protocolos, assim como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do art. 49, I, da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.”

Embora não restem dúvidas quanto à incorporação do Regulamento de Melbourne por expressa ratificação contida na cláusula 216.2 do Tratado de Genebra, este sim aprovado na forma em que exigida pelos arts. 49, I<sup>4</sup> c/c 84, VIII,<sup>5</sup> da CF/88, não podemos perder de vista que referida Convenção, como instrumento legítimo de regulamentação dos objetivos, órgãos e funcionamento da UIT, tem atuação específica na área das telecomunicações no plano internacional, tanto é assim que em sua apresentação preambular destaca como finalidade a facilitação das *“relações pacíficas, a cooperação internacional entre os povos e o desenvolvimento econômico e social, por meio do bom funcionamento das telecomunicações”* (item 1).

Dentre os objetivos desta reunião de esforços dos países signatários, destacam-se: a) cooperação internacional, aperfeiçoamento e emprego racional de todas as categorias de telecomunicações, b) assistência técnica aos países em desenvolvimento, c) desenvolvimento técnico e exploração mais eficaz, com expansão e generalização de sua utilização pelo público, d) extensão dos benefícios das novas tecnologias a toda comunidade mundial, e) utilização dos serviços de telecomunicações para facilitação das relações pacíficas, f) comprometimento dos membros para obtenção destes fins, e g) adoção de enfoque mais amplo das questões das telecomunicações, com vista à universalização da economia e à socialização da informação, cooperando com outras organizações interessadas nas telecomunicações.

Como se observa do próprio conteúdo normativo da Convenção aprovada na Suíça, foram tratados, essencialmente, temas relativos às áreas de telecomunicações, nada dispondo sobre eventual competência da UIT para concessão de isenção de tributos legitimamente instituído por cada país signatário nos serviços por ela regulados.

Por essa razão, para tais normas, destinadas às próprias empresas de telecomunicações em suas mais diversas relações no âmbito internacional, a incorporação por ratificação não exigiu manifestação específica do Congresso Nacional, sendo admitida, para eficácia no plano interno, que a aprovação do Parlamento se desse via ratificação.

---

<sup>4</sup> “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.”

<sup>5</sup> “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.”

O mesmo não se pode dizer com relação a normas que, como a cláusula invocada pelo apelante (45 – item 6.1.3), acarretem encargos ao Brasil, estes também entendidos como qualquer compromisso assumido no plano internacional de caráter oneroso, ainda que pela via da desoneração tributária.

Para estes, segundo penso, não é possível sua eficácia no plano interno senão pela anuência expressa e específica da regra pelas Casas Legislativas competentes, nos termos do art. 49, I, da CF/88, sob pena de prejuízo ao patrimônio nacional, composto, inclusive, por suas receitas tributárias.

Importante consignar que o Regulamento de Melbourne nunca foi examinado pelo Congresso Nacional, sequer consta anexado ao Texto da Convenção da UIT, aprovado em Genebra, que foi apreciado pelo Congresso Nacional. O que houve foi apenas a previsão de cláusula genérica sobre a ratificação de atos e regulamentos administrativos anteriores.

Assim, a ressalva validamente contida no art. 1º, § 1º, do Decreto Legislativo nº 67/98 não se restringe aos acordos e convênios futuros, mas a qualquer outro adotado pela UIT, que represente encargo ou gere gravame para o patrimônio nacional, como ocorreu com a cláusula nº 45, item 6.1.3.

Ademais, vale destacar que a própria Constituição Federal, em seu art. 150, § 6º, determinou que *“qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g”*.

Ora, se para legislação interna nossa Carta Política exige que a norma isentiva seja veiculada em lei que trate especificamente sobre o benefício fiscal ou que regule o tributo correspondente, da mesma forma, para que tratado ou convenção internacional sobre a matéria, diverso não pode ser o tratamento.

Por todas essas razões, seja porque o conteúdo central do Tratado de Genebra não versava sobre matéria fiscal, seja ainda por não ter havido apreciação específica da norma isentiva pelo Congresso Nacional, não é possível reconhecer sua eficácia no plano interno.

Nesse sentido foi o entendimento adotado no Ato Declaratório Interpretativo nº 25/2004,<sup>6</sup> da Secretaria da Receita Federal, bem como o Parecer nº GM 12,

<sup>6</sup>“Art. 1º As disposições do Regulamento de Melbourne, trazidas pelo Tratado de Melbourne, celebrado em

de 16 de outubro de 2000, do à época Advogado-Geral da União, hoje Ministro do STF, Gilmar Mendes, aprovando o Parecer nº AGU/SF-01/2000, da lavra do Consultor da União Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho.<sup>7</sup>

No que se refere à alegada incompetência tributária da União para instituição do IRF e CIDE sobre a remuneração de serviço de telefonia internacional originado no Brasil, prestado de forma complementar por empresas domiciliadas no exterior, melhor sorte não assiste ao impetrante.

Com efeito, o art. 153, III, da Constituição previu a competência da União para instituição do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza, destacando no § 2º, I, do mesmo dispositivo constitucional, que “*será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei*”.

A seu turno, o ar. 43 do CTN, estabeleceu o seguinte:

*“Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:*

*I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos”,*

*II - [...]*

*§ 1º. A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.*

*§ 2º. Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará a disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo.*

---

09 de dezembro de 1988, não foram legitimamente incorporadas ao Direito Brasileiro, não tendo eficácia no País no tocante ao Imposto sobre a Renda e à Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (Cide) incidentes sobre as remessas efetuadas por empresas de telecomunicações pela prestação de serviços técnicos realizados em chamadas de longa distância internacional, iniciadas no País, ou em chamadas de longa distância nacional, em circunstâncias em que haja a utilização de redes de propriedade de não domiciliadas no Brasil. Art. 2º É devido o Imposto sobre a Renda Retido na Fonte, à alíquota de 15%, e a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (Cide), à alíquota de 10%, sobre o total dos valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos às empresas de telecomunicações domiciliadas no exterior, a título de pagamento pela contraprestação de serviços técnicos realizados em chamadas de longa distância internacional, iniciadas no Brasil, ou a chamadas de longa distância nacional, em que haja a utilização de redes de propriedade de empresas congêneres, domiciliadas no exterior.”

<sup>7</sup> Capturado no endereço eletrônico: [www.agu.gov.br](http://www.agu.gov.br).

[...]

*Art. 45. Parágrafo único. A lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam."*

Não restam dúvidas, portanto, que a União detém competência para tributação de receita ou rendimento obtido por empresa estrangeira, em decorrência de atividade que tenha sido originada no Brasil.

Na caso específico do tráfego de sainte, a incidência do imposto de renda encontra-se prevista no art. 708 do Regulamento do Imposto de Renda – RIR (Decreto nº 3.000/99), que dispõe:

*"Art. 708. Estão sujeitos à incidência do imposto na fonte, à alíquota de vinte e cinco por cento, os rendimentos de serviços técnicos e de assistência técnica, administrativa e semelhantes derivados do Brasil e recebidos por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, independentemente da forma de pagamento e do local e data em que a operação tenha sido contratada, os serviços executados ou a assistência prestada (Decreto-Lei nº 1.418, de 3 de setembro de 1975, art. 6º, Lei nº 9.249, de 1995, art. 28 e Lei nº 9.779, de 1999, art. 7º).*

Entretanto, a partir da edição da Lei nº 10.168/00, que instituiu a contribuição de intervenção de domínio econômico destinada a financiar o Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para Apoio à Inovação, foi prevista a incidência da CIDE sobre a mesma verba, na alíquota de 10%, reduzindo-se o percentual do imposto de renda incidente para 15%.

*"Art. 2º Para fins de atendimento ao Programa de que trata o artigo anterior, fica instituída contribuição de intervenção no domínio econômico, devida pela pessoa jurídica detentora de licença de uso ou adquirente de conhecimentos tecnológicos, bem como aquela signatária de contratos que impliquem transferência de tecnologia, firmados com residentes ou domiciliados no exterior.*

[...]

*§ 2º A partir de 1º de janeiro de 2002, a contribuição de que trata o caput deste artigo passa a ser devida também pelas pessoas jurídicas signatárias de contratos que tenham por objeto serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes a serem prestados por residentes ou domiciliados no exterior, bem assim pelas pessoas*

*jurídicas que pagarem, creditarem, entregarem, empregarem ou remeterem royalties, a qualquer título, a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior.*

*§ 3º A contribuição incidirá sobre os valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, a cada mês, a residentes ou domiciliados no exterior, a título de remuneração decorrente das obrigações indicadas no caput e no § 2º deste artigo.*

*§ 4º A alíquota da contribuição será de 10% (dez por cento).*

*Art. 2º-A. Fica reduzida para 15% (quinze por cento), a partir de 1º de janeiro de 2002, a alíquota do imposto de renda na fonte incidente sobre as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas ao exterior a título de remuneração de serviços de assistência administrativa e semelhantes.*

Assim, a União não apenas detém competência para tributação da totalidade dos rendimentos auferidos pelas empresas domiciliadas no exterior no tráfico de sainte, que prestam serviços complementares de telefonia nas ligações internacionais originadas no Brasil, como a exerceu legitimamente através das legislações supra mencionadas.

Por fim, ainda que as empresas que operam no plano da telefonia internacional acordem sobre a compensação dos valores decorrentes dos serviços prestados por cada um para que somente o saldo apurado seja efetivamente enviado ao país credor, a base de cálculo dos tributos ora questionados, como visto, é a totalidade dos rendimentos auferidos pela empresa domiciliada no exterior, mesmo que a aquisição da disponibilidade seja apenas jurídica.

Esta, aliás, é a razão da ressalva contida no art. 3º do Ato Declaratório Interpretativo nº 25/2004, da Secretaria da Receita Federal.

Por todas essas razões, nego provimento à apelação do impetrante, entretanto, por fundamento diverso da sentença.

É como voto.

Rio de Janeiro,

**Luiz Antonio Soares**  
Desembargador Federal

## **EMENTA**

Constitucional e tributário – mandado de segurança - aposentadoria do desembargador relator na pendência de julgamento suspenso por pedido de vista – artigos 143, § 1º, e 161 do ritrf-2ª região – IRF e CIDE - remessa ao exterior dos valores relativos à prestação de serviços de telefonia internacional – tráfego sainte – isenção tributária – Constituição e Convenção da União Internacional das Telecomunicações (UIT) – regulamento de Melbourne – Decreto Legislativo nº 67/98 e Decreto Presidencial nº 2.962/99 – artigo 98 do CTN - inexistência de declaração incidental de inconstitucionalidade de qualquer dispositivo federal a determinar a afetação do julgamento ao plenário na forma do artigo 97 da Carta Magna e do artigo 481 do CPC.

1. A aposentadoria do relator, Desembargador Federal Alberto Nogueira, antes da conclusão do julgamento, não autoriza ou determina a intervenção de um quarto julgador para que profira voto em substituição ao já proferido pelo relator aposentado, em razão do disposto no artigo 143, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que prescreve que: *“o julgamento que tiver sido iniciado prosseguirá, computando-se os votos já proferidos pelos Desembargadores, mesmo que não compareçam na sessão de continuação do julgamento ou hajam deixado o exercício do cargo, ainda que o Desembargador afastado seja o Relator.”* Ademais, o artigo 161 do citado regimento interno prevê que *“o julgamento das Turmas será tomado pelo voto de 3 (três) julgadores”*.
2. A recepção de tratados internacionais em geral e dos acordos que o Brasil celebra depende da aprovação pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, e da ratificação pelo Presidente da República, na qualidade de Chefe de Estado, com a sua promulgação através de decreto, para viabilizar a produção de efeitos na ordem interna.
3. A Constituição e Convenção da União Internacional de Telecomunicações, aprovadas em Genebra em 1992, e Quioto, em 1994, foram incorporadas ao ordenamento jurídico nacional através do Decreto Legislativo nº 67, de 15 de outubro de 1988, e do Decreto Presidencial nº 2.962, de 23 de fevereiro de 1999.

4. O parágrafo único do artigo 1º do Decreto Legislativo nº 67/98 dispõe que *"são sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que alterem os referidos Protocolos, assim como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do artigo 49, I, da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional"*.
5. Por sua vez, conforme os artigos 4, item 29.1, e 6, item 37.1, da Convenção, os instrumentos da União Internacional das Telecomunicações são sua constituição, sua convenção e os regulamentos administrativos.
6. Já o artigo 54, nos itens 215.1 e 216.2, da Convenção estabelece que *"os Regulamentos Administrativos mencionados no artigo 4º da presente Constituição são instrumentos internacionais obrigatórios e estarão sujeitos às disposições desta última e da Convenção"*; e que *"a ratificação, aceitação ou aprovação da presente Constituição e da Convenção ou a adesão às mesmas, em razão dos artigos 52 e 53 da presente Constituição, inclui também o consentimento de obrigarse pelos Regulamentos Administrativos adotados pelas Conferências Mundiais competentes antes da data da assinatura da presente Constituição e da Convenção. Tal consentimento se entende como sujeição a toda reserva manifestada no momento da assinatura dos citados Regulamentos ou a qualquer revisão posterior dos mesmos, sempre e quando ele se mantenha no momento de depositar o correspondente instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão"*.
7. O Regulamento de Melbourne, de 1988, do qual o Brasil foi signatário sem qualquer reserva expressa quanto o teor da norma isentiva é parte integrante da União Internacional de Telecomunicações, e, no artigo 45, item 6.1.3, prevê a isenção tributária sobre as despesas com o denominado "tráfego sainte", como se vê: *"6.1.3 – Quando a legislação nacional de um país preveja a aplicação de um tributo sobre a tarifa de percepção, pelo provimento de serviços internacionais de telecomunicações, esse tributo somente se aplicará aos serviços internacionais de telecomunicações faturados a clientes"*

*desse país, a menos que seja acordado o contrário, para atender circunstâncias especiais”.*

8. A conjugação de todos os dispositivos transcritos leva às seguintes ilações:
- a) A teor da Constituição e Convenção da União Internacional das Telecomunicações, os regulamentos vigentes à data de sua assinatura ficam automaticamente incorporados como normas complementares, tão vinculativas quanto o texto principal da própria Convenção;
  - b) o Regulamento das Telecomunicações Internacionais (Regulamento de Melbourne), anterior à Constituição da União Internacional das Telecomunicações, é parte integrante desta, de modo que a aprovação, aceitação ou ratificação dela e da Convenção importa o consentimento pelo Estado Nacional em se obrigar pelo referido regulamento;
  - c) Por essa razão, o exame do texto da Convenção de Genebra pelos órgãos constitucionalmente competentes neste país para realizar sua internalização supõe o exame e aprovação de todas as normas complementares expressamente referidas em seu texto;
  - d) O parágrafo único do Decreto Legislativo nº 67/98 somente sujeitou à aprovação específica do Congresso Nacional atos futuros que alterem os referidos protocolos ou ajustes complementares que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, isto é, regulamentação posterior à internalização;
  - e) Embora o Regulamento de Melbourne preveja isenção tributária, que importa renúncia de receita, gravosa ao patrimônio nacional, não é ajuste complementar, uma vez que é anterior à Constituição da UIT, que prevê a sua aplicação integral, de modo que não se sujeita à ressalva contida no parágrafo único do Decreto Legislativo nº 67/98 e tem vigência na ordem interna desde a incorporação da Constituição e Convenção da União Internacional de Telecomunicações, ou seja, desde a publicação do Decreto Presidencial nº 2.962/99;

f) A isenção é aplicável por ter vigência na ordem interna e o CTN prescrever, no artigo 98, que os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.

9. Precedentes do TRF-2ª Região.

10. O provimento da apelação não deriva da declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º do Decreto Legislativo nº 67/98 ou de qualquer dispositivo da legislação federal, mas sim do reconhecimento da desnecessidade de aprovação específica do Regulamento de Melbourne, em razão de integrar a Constituição e Convenção da UIT.

11. Logo, a apesar da constitucionalidade, da validade do parágrafo único do artigo 1º do Decreto Legislativo nº 67/98, em consonância com o artigo 49, inciso I, da Carta Magna, a ressalva nele contida não se aplica ao Regulamento de Melbourne, que é ajuste anterior e integrante da própria Convenção da UIT e, por isso, tem vigência na ordem interna desde a incorporação da Constituição e Convenção da União Internacional de Telecomunicações, ou seja, desde a publicação do Decreto Presidencial nº 2.962/99.

12. Assim, a hipótese não comporta a afetação do julgamento ao Plenário deste Tribunal, pois não há a incidência, na hipótese, do artigo 97 da CF/88 e do artigo 481 do CPC.

13. Apelação provida.

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Egrégia Quarta Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por maioria, DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO, nos termos do voto do Relator, que fica fazendo parte integrante do presente julgado, vencido o Desembargador Federal Luiz Antonio Soares que

---

negou provimento ao recurso. O Juiz Federal Convocado Luiz Norton Baptista de Mattos foi designado para a lavratura do acórdão em razão da aposentadoria do relator, Desembargador Federal Alberto Nogueira.

Rio de Janeiro, 29 de novembro de 2011.

**Luiz Norton Baptista de Mattos**  
Juiz Federal Convocado

---

# *APELAÇÃO CÍVEL*

*5ª Turma Especializada*

**Apelação Cível:** Processo Nº 2003.51.07.000683-0

**Apelante:** Ministério Público Federal

**Apelados:** Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL

Telemar Norte Leste S/A

Embratel Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A

Intelig Telecomunicações Ltda

## **RELATÓRIO**

Trata-se de Apelação do **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** interposta contra sentença proferida, em sede de Ação Civil Pública, a qual julgou improcedente o pedido de suspensão pelas empresas concessionárias do serviço de telefonia - TELEMAR Norte Leste S/A, EMBRATEL – Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A, INTELIG Telecomunicações Ltda e ANATEL - da cobrança de tarifa interurbana nas ligações de telefonia fixa realizadas no âmbito dos Municípios de Itaboraí, Cachoeira de Macacu e Rio Bonito.

Nas suas razões recursais, (fls. 1.326/1.337) sustenta, em síntese, que o *decisum* teria ignorado que o fato de competir à ANATEL estabelecer a estrutura tarifária para cada modalidade de serviços nos termos do art. 103 da Lei 9.472/97, não significa que o Poder Judiciário não possa constatar e, eventualmente, reconhecer eventuais ilegalidades praticadas pela agência reguladora; que quando verificada a ilegalidade, o Judiciário não está impossibilitado de se manifestar, para expurgar do mundo jurídico práticas ilegais ou ilícitas; que o controle da legalidade de atos administrativos é reconhecido e aceito como corolário do sistema de freios e contrapesos dos Poderes da União, obediente ao Princípio da Separação dos Poderes, previsto no art. 2º da CRFB/88; que a ANATEL delimitou que área local é um espaço geográfico fixado independentemente da divisão político-

geográfica e em função de critérios técnicos, ensejando a existência de mais de uma área local dentro dos limites geográficos dos Municípios; que a ilegal postura do órgão regulador permitiu que as prestadoras do serviço se beneficiassem abusivamente da obrigatoriedade de pagar como interurbanas as ligações feitas dentro do território de um mesmo Município; que a interpretação equivocada da ANATEL viola frontalmente o tratamento que a CRFB/88 conferiu aos Municípios; que o Princípio Federativo resta frontalmente violado, pois se criam áreas fictícias, totalmente à margem das delimitações geográficas brasileiras, com a finalidade de satisfazer os interesses econômicos das prestadoras de serviços telefônicos e não o interesse público; que resta caracterizada a ofensa ao Princípio da Isonomia; que se verifica a ofensa ao Princípio da Razoabilidade, sendo inaceitável que possa ser conferido poderes a ANATEL para desconsiderar a divisão político-geográfica; da transferência ao consumidor do risco da atividade econômica; da nítida violação ao Princípio da modicidade das tarifas. Assim, requer a reforma da sentença, para que sejam julgados procedentes os pedidos formulados na Exordial.

Contrarrazões da INTELIG Telecomunicações Ltda., EMBRATEL e ANATEL às fls. 1.347/1.364, fls. 1.366/1.383, fls. 1.385/1.394, respectivamente.

Sem contrarrazões da TELEMAR Norte Leste S/A.

O Ministério Público às fls. 1.455/1.460 opina pelo provimento da Apelação.

Este é o relatório. Peço dia para julgamento.

## **VOTO**

A questão dos autos gira em torno da ilegalidade da cobrança de tarifa interurbana nas ligações de telefonia fixa efetuadas entre diferentes áreas dos municípios de Itaboraí, Cachoeira de Macacu e Rio Bonito que ensejaria a restituição das tarifas pagas.

Não vislumbro motivos que justifiquem a reforma da decisão.

Em primeiro plano, a questão da autonomia da agência reguladora em face do Judiciário é adstrita aos limites de avaliação das matérias aptas ao uso da discricionariedade técnica. Esta liberdade conferida em função de

sua especialidade, lhe incumbe prolatar escolhas fundadas na natureza técnico-científicas do setor, necessárias para aferir critérios que otimizam a prestação dos serviços públicos.

Por conseguinte, mostra-se indevida a intromissão judiciária na seara discricionária por abarcar conteúdos distantes da análise jurídica efetuada em grau de jurisdição. Nesta tendência, o modelo regulatório, criado sob a forma de autarquias especiais, deve realizar atos à luz da CRFB/88 e seus princípios, a fim de estabelecer os respectivos limites de atuação.

Nesta senda, os aportes regulatórios vinculam-se ao núcleo da Teoria da Separação dos Poderes, que consiste em um mecanismo de repartição de funções desempenhadas pelo Estado em órgãos distintos, permitindo seu controle recíproco, a qual a CRFB/88, em seu art. 2º, reserva-lhe o título de Princípio Fundamental.

A Constituição, em seu art. 21, XI, ao estabelecer a titularidade do Poder Público de certas atividades econômicas em sentido amplo, como os serviços de telecomunicações, consagra em seu contexto um elenco de Princípios, dentre eles, o da Política Tarifária, que é determinada por lei, cabendo a ela escolher entre as possíveis opções no tocante à regulação dos preços. A Lei 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, confere à ANATEL, em seu art. 103, atribuição para definir a estrutura tarifária para cada modalidade de serviço. Dentro do exercício de sua incumbência, a Agência definiu cobrança de tarifa local em "*área geográfica contínua de prestação de serviços, definida pela Agência segundo critérios técnicos e econômicos onde é prestado o STFC na modalidade local*" (art. 3º, II Resolução nº 85/98).

Relevante salientar que a expressão "modicidade das tarifas" vem explanada no conceito de serviço adequado, com previsão na Lei 8.987/95, em seu art. 6, § 1º. Entretanto, adstrito à leitura do art. 210 da Lei 9.472/97, verifico a inaplicabilidade da lei de concessões aos serviços do setor de telecomunicações.

*"Art. 210. As concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência e as respectivas licitações regem-se exclusivamente por esta Lei, a elas não se aplicando as leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e suas alterações."*

Considerando que o art. 2º, I, da Lei 9.472/97 estabelece como dever do Poder Público “*garantir a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas*”, entendo que a lei visou destacar que não se trata da exigência de preços baixos, porém justos e adequados com os serviços prestados.

Por conseguinte, sendo a Agência Reguladora a entidade dotada de aptidão técnica para verificar, a partir do conhecimento da Engenharia das Redes de Telecomunicações, as regiões em que se faz viável a cobrança de tarifa local, bem como os locais em que a complexa rede de técnicos recomenda a cobrança de tarifa não local, incumbe à ANATEL, em razão do Princípio da Discricionariedade Técnica, a fixação de política tarifária de telefonia.

Assim, a Lei 9.472/97, em seu art. 103, lhe confere atribuições para definir a estrutura tarifária para cada modalidade de serviço. No exercício de sua incumbência, definiu no art. 3º, II da Resolução 85/98 a cobrança de tarifa local em “*área geográfica contínua de prestação de serviços, definida pela Agência segundo critérios técnicos e econômicos onde é prestado o STFC na modalidade local*”.

Logo, tratando-se acerca da legalidade dos critérios de definição de “área local” para a cobrança de tarifa de serviço telefônico local, diferenciados do critério de divisão político-geográfico do município, a ANATEL, utilizando-se das competências que lhe foram atribuídas por lei, especificou na Resolução nº 85, de 30/12/98, da seguinte maneira:

*“Art. 3º. Para fins deste Regulamento, aplicam-se as seguintes definições:*

*(...)*

*II - Área local - área geográfica contínua de prestação de serviços, definida pela Agência, segundo critérios técnicos e econômicos, onde é prestado o STFC na modalidade local;*

*(...)*

*Art. 4º. As áreas locais são definidas pela Agência, considerando:*

*I - o interesse econômico;*

*II - a continuidade urbana;*

*III - a engenharia das Redes de Telecomunicações;*

*IV - as localidades envolvidas.*

*§ 1º As concessionárias do STFC podem propor revisão da configuração das Áreas Locais para análise e aprovação da Agência.*

*(...)*

*Art. 5º As prestadoras devem adotar, para todos os efeitos, as Áreas Locais pela Agência.*

*(...)*

*Art. 8º. São definidas para o STFC as seguintes modalidades:*

*I - Local: destinada à comunicação entre pontos fixos determinados em uma mesma Área Local;*

*II - Longa Distância Nacional: destinada à comunicação entre pontos fixos determinados, situados em áreas locais distintas no território nacional;*

*(...).”*

Considerando o dispositivo legal acima exposto denota-se que compete à ANATEL a definição da “área local”, em razão do interesse econômico, da continuidade urbana, da engenharia de redes e das localidades envolvidas. Nesta perspectiva, não há ilegalidade na não correspondência entre área local e a área político-geográfica do município, uma vez que distintos os critérios de definição. A legalidade desta distinção já foi firmada pelo STJ (v. **Resp nº 572.070/PR, 2ª Turma, Relator Ministro João Otávio Noronha, DJ:14/06/04 e Resp nº 965.105, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJ: 19/12/08**).

Contudo, com a edição da Resolução nº 373/2004 da ANATEL, estabelecendo diretrizes e critérios aplicáveis à configuração de áreas locais para o Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, fixou nova redação, a qual determina que a área local passou a ser definida como a área geográfica de um município, ou de um conjunto de municípios. Com isso foi alterado o método adotado até então, superando situações distintas do ponto de vista da tarifação do serviço.

Verifico, no entanto, que a referida Resolução nada dispõe acerca das tarifas já cobradas, gerando, pois, efeitos para o futuro. Assim, aproximou a realidade técnica da realidade geográfica, equalizando a questão. Antes dela, entretanto, qualquer pretensão diversa seria lastreada em afirmações técnicas precárias, não cabendo, outrossim, a devolução do valor pago a título indenizatório.

Isso posto, deixo consignado que a nova Resolução não enseja a afirmação de um direito; o que ocorreu foi uma reformulação das áreas locais antes existentes, baseada em critérios pontuados pela agência, de acordo com o plano de expansão do setor.

Nesse sentido:

*“RECURSO ESPECIAL DA TELEPAR BRASIL TELECOM S/A – ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – PRELIMINARES NÃO-ACOLHIDAS – SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES – LEI N. 9.472/97 – ATRIBUIÇÃO À ANATEL PARA ESTABELECEER A ESTRUTURA TARIFÁRIA – RESOLUÇÃO 85/98 – CONCEITO DE ÁREA LOCAL DEFINIDO DE ACORDO COM CRITÉRIOS TÉCNICOS E ECONÔMICOS – TARIFA DE LIGAÇÃO INTERURBANA INCIDENTE SOBRE LIGAÇÕES INTRAMUNICIPAIS – IMPOSSIBILIDADE, NO CASO CONCRETO, DO PODER JUDICIÁRIO ADENTRAR NO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO – VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DISPOSIÇÕES DA LEI N. 9472/97. PRECEDENTES DAS PRIMEIRA E SEGUNDA TURMAS.*

*1. Não viola o artigo 535 do CPC o julgado que decide de forma clara e objetiva acerca do ponto alegado como omissis, ainda que de forma contrária à pretensão do recorrente. 2. O julgamento antecipado da lide não ocasiona cerceamento de defesa quando o Juízo entende que não há mais controvérsia quanto aos fatos nucleares da demanda, restando apenas o deslinde das questões de direito. 3. O pedido deve ser interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo, sendo certo que o acolhimento do pedido extraído da interpretação lógico-sistemática da peça inicial não implica em julgamento extra-petita. 4. As circunstâncias fáticas podem reduzir a margem de discricionariedade do administrador, ou até eliminá-la, de modo que, quando este age em desconformidade com a finalidade legal, é possível ao Poder Judiciário substituí-lo e tomar a decisão que se ajusta à vontade*

*da lei, sem que isto constitua violação do princípio da separação dos Poderes. 5. In casu, todavia, há dúvidas insuperáveis quanto à legalidade da atuação do agente público na escolha dos critérios que definiram o conceito de área local, e que permitiu, no caso dos autos, que localidades diversas, ainda que dentro do mesmo município, em razão de fatores técnicos e econômicos, pudessem sofrer tarifação de ligações interurbanas. 6. É na dúvida, na zona onde não se pode emitir um juízo de certeza, que reside o mérito do ato administrativo discricionário e que cabe ao administrador público, e somente a ele, agir para encontrar o caminho que melhor atenda à finalidade legal. Sendo assim, na situação dos autos, ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a configuração das “áreas locais”, o Tribunal de origem invadiu seara atribuída à administração pública, atitude esta que ultrapassou os limites impostos pelo princípio da separação dos Poderes e violou as disposições da Lei n. 9472/97. RECURSO ESPECIAL DA ANATEL – ADMINISTRATIVO – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES – LEI N. 9.472/97 – ATRIBUIÇÃO À ANATEL PARA ESTABELECEER A ESTRUTURA TARIFÁRIA – RESOLUÇÃO 85/98 – CONCEITO DE ÁREA LOCAL DEFINIDO DE ACORDO COM CRITÉRIOS TÉCNICOS E ECONÔMICOS – TARIFA DE LIGAÇÃO INTERURBANA INCIDENTE SOBRE LIGAÇÕES INTRAMUNICIPAIS – IMPOSSIBILIDADE, NO CASO CONCRETO, DO PODER JUDICIÁRIO ADENTRAR NO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO – VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DISPOSIÇÕES DA LEI N. 9472/97. 1. A alegação da recorrente a respeito da sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da demanda não merece ser conhecida, por não estar prequestionada. 2. Embasado em idêntico fundamento, conclui-se que não havia espaço para a incursão do Tribunal de origem na seara atribuída à administração pública, atitude esta que ultrapassou os limites impostos pelo princípio da separação dos Poderes e violou as disposições da Lei n. 9472/97. Recurso especial da Telepar conhecido em parte e parcialmente provido. Recurso especial da Anatel conhecido em parte e provido.”(Grifei)*

*(STJ, 2ª Turma, RESP 973686, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJE: 30/09/09, Unânime).*

*“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TELEFONIA. TARIFA DE LIGAÇÃO INTERURBANA INCIDENTE SOBRE LIGAÇÕES INTRAMUNICIPAIS E INTERMUNICIPAIS. LEI N. 9.472/97.*

*LEGITIMIDADE PASSIVA DA ANATEL RECONHECIDA. OFENSA DOS ARTS. 458, II e 535, DO CPC. NÃO CARACTERIZADA.*

*1. Os atos das Agências Reguladoras, enquanto não declarados inconstitucionais, ostentam presunção de legitimidade e obrigam as empresas que atuam no setor regulado. 2. As ações judiciais versando sobre a delimitação da cognominada “área local” para fins de cobrança de tarifa dos serviços de telefonia comutada, como soem ser aquelas atinentes às ligações de telefonia fixa entre localidades do mesmo município, revela notório interesse da ANATEL em prol dos consumidores, impondo, a fortiori, a sua atuação como litisconsorte passiva necessária, posto tratar-se serviço de utilidade pública mediante pagamento de tarifa, cuja fixação e modificação se subsume à autorização do poder concedente. Precedentes do STJ: AgRg no REsp 977.690/PR, DJ 17.12.2007 e Resp 572906/RS, DJ 28.06.2004. 3. In casu, a CRT – BRASIL TELECOM, sendo concessionária de serviços públicos de telecomunicações, tem como órgão regulamentador e fiscalizador a AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL, a quem incumbe a delimitação das concessões e o estabelecimento das políticas tarifárias, como soe ser a definição sobre se as ligações locais podem ser cobradas como interurbanas (Emenda Constitucional nº 8, que alterou os incisos XI e XII, a, do art. 21 da Constituição Federal de 1988 e a Lei Federal nº 9.472/97). 4. As Agências reguladoras consistem em mecanismos que ajustam o funcionamento da atividade econômica do País como um todo, principalmente da inserção no plano privado de serviços que eram antes atribuídos ao ente estatal. Elas foram criadas, portanto, com a finalidade de ajustar, disciplinar e promover o funcionamento dos serviços públicos, objeto de concessão, permissão e autorização, assegurando um funcionamento em condições de excelência tanto para fornecedor/produzidor como principalmente para o consumidor/usuário. 5. Consoante assentado nesta Corte: “(...) 2. A delimitação da chamada “área local” para fins de configuração do serviço local de telefonia e cobrança da tarifa respectiva leva em conta critérios de natureza predominantemente técnica, não necessariamente vinculados à divisão político-geográfica do município. Previamente estipulados, esses critérios têm o efeito de propiciar aos eventuais interessados na prestação do serviço a análise da relação custo-benefício que irá determinar as bases do contrato de concessão. 3. Ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a atual configuração das “áreas locais” estará o Poder*

*Judiciário invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir.(...)” (REsp 572.070/PR, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 14.06.2004). 6. (...) 7. Recursos especiais providos.”*

**(STJ, 1º Turma, RESP 757971, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJE: 19/12/08, Unânime).**

**“ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TELECOMUNICAÇÕES. TELEFONIA FIXA. ÁREAS LOCAIS DISTINTAS NO MESMO MUNICÍPIO. COBRANÇA DE TARIFA.**

*1. A ANATEL editou a Resolução nº 85/98, que definia como área local de telefonia área não necessariamente coincidente com os limites territoriais de um município. Esta resolução considerava, para definição de área local, fatores como interesse econômico, continuidade urbana, engenharia das Redes de Telecomunicações e localidades envolvidas. Deste modo, foram definidas áreas locais que abarcavam áreas pertencentes a municípios diferentes, ao mesmo tempo em que foram criadas áreas locais distintas no âmbito da base territorial de um mesmo município. Posteriormente a ANATEL editou a Resolução nº 373 de 02/06/2004 que passou a determinar que a área local de telefonia deveria abranger toda a área geográfica do Município. 2 Nos termos do art. 103 da Lei 9.472/97, à ANATEL compete a fixação da política tarifária de telefonia, porquanto é a Agência Reguladora entidade dotada de aptidão técnica para verificar, a partir do conhecimento da Engenharia das Redes de Telecomunicações, as localidades em que se faz viável a cobrança de tarifa local, bem como os locais em que a complexa rede de recursos técnicos recomenda a cobrança de tarifa não local. 3. A atuação do Poder Judiciário interferindo na determinação das áreas que ensejam cobrança de tarifa local mostra-se indevida não só por configurar intromissão na seara de discricionária regulamentação da Agência, mas também por não deter o Magistrado as informações técnicas necessárias a aferir os critérios para melhor prestação do serviço de telefonia. 4. Deve o Poder Judiciário cingir-se à observância da legalidade dos atos editados pela ANATEL e neste mister verifica-se que a Resolução 85/98 não afronta qualquer disposição legal, visto que não há no ordenamento jurídico pátrio preceito normativo que vincule a área local de telefonia aos limites do espaço geográfico do município. 5. Recurso desprovido.”*

*(TRF2ª Região, 8ª Turma Especializada, Processo nº 200351060020555,*

*Rel. Desembargador Federal MARCELO PEREIRA, DJU: 07/07/08, Fl. 732, Unânime).*

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECONSIDERAÇÃO. ART. 2º DA LEI 8.437/92. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OITIVA DO PODER PÚBLICO. LIMINAR. TARIFAÇÃO DE TELEFONIA FIXA ENTRE DISTRITO E MUNICÍPIO. TARIFA DE LONGA DISTÂNCIA NACIONAL. CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA. CARÊNCIA DE PRESSUPOSTOS.*

*Modificação da competência. Ratificação da liminar anteriormente concedida Reconsiderada a decisão que julgava prejudicado o agravo de instrumento. Análise de mérito. É nula liminar concedida contra pessoa jurídica de direito público sem a observância de sua oitiva prévia (art. 2º da Lei 8.437/92). Não cabe ao Judiciário exame de critérios regulatórios de configuração de “áreas locais”. Não comprovada a efetiva cobrança de tarifa interurbana entre os distritos do mesmo município. Ausentes os indispensáveis requisitos da verossimilhança da alegação e do periculum in mora. Anulada a decisão recorrida. Agravo de instrumento provido. Prejudicados os agravos internos.” (Grifei)*

*(TRF2ª Região, 5ª Turma Especializada, Processo nº 200302010167994, Rel. Desembargador Federal FERNANDO MARQUES, DJ: 16/11/10, Fl.151, Unânime).*

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO.**

É como voto.

**Augusto Guilherme Diefenthaler**  
Desembargador Federal – Relator

## **EMENTA**

Administrativo. Ação Civil Pública. Serviços de telefonia. Cobrança de tarifa interurbana. Áreas locais distintas do mesmo município. Resolução nº 373/2004 da ANATEL. Recurso desprovido. Processo.

1. Trata-se de Apelação interposta contra sentença proferida, em sede de Ação Civil Pública, a qual julgou improcedente o pedido de suspensão pela empresa concessionária do serviço de telefonia - TELEMAR Norte Leste S/A, EMBRATEL, INTELIG TELECOMUNICAÇÕES

LTDA e ANATEL - da cobrança de tarifas interurbana nas ligações de telefonia fixa realizadas no âmbito dos Municípios de Itaboraí, Cachoeira de Macacu e Rio Bonito.

2. A atuação do Poder Judiciário interferindo na determinação das áreas que ensejam cobrança de tarifa local mostra-se indevida não só por configurar intromissão na seara de discricionária regulamentação da Agência, mas também por não deter o Magistrado das informações técnicas necessárias a aferir os critérios para melhor prestação do serviço de telefonia.
3. Nos termos do art. 103 da Lei 9.472/97, à ANATEL compete a fixação da política tarifária de telefonia, porquanto é a Agência Reguladora entidade dotada de aptidão técnica para verificar, a partir do conhecimento da Engenharia das Redes de Telecomunicações, as regiões em que se faz viável a cobrança de tarifa local, bem como os locais em que a complexa rede de recursos técnicos recomenda a cobrança de tarifa não local.
4. Tratando-se acerca da legalidade dos critérios de definição de “área local” para a cobrança de tarifa de serviço telefônico local, diferenciados do critério de divisão político-geográfico do município, a ANATEL, utilizando-se das competências que lhe foram atribuídas por lei, definiu-a na Resolução nº 85, de 30/12/98, em razão do interesse econômico, da continuidade urbana, da engenharia de redes e das localidades envolvidas. Nesta perspectiva, não há ilegalidade na não correspondência entre área local e a área político-geográfica do Município, uma vez que distintos os critérios de definição. Precedentes.
5. Posteriormente, com base no Princípio da Discricionariedade Técnica, a ANATEL, por meio da Resolução 373/2004, alterou as diretrizes e critérios aplicáveis à configuração de área local para o Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, passando esta ser definida como a área geográfica de um município, ou de um conjunto de municípios, critério defendido pelo Apelante.
6. Apelação desprovida.

---

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quinta Turma Especializada do Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do Voto do Relator, constante dos autos e que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

Rio de Janeiro, 19 de junho de 2012

**Augusto Guilherme Diefenthaler**  
Desembargador Federal – Relator

---

# *APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO*

---

*6ª Turma Especializada*

**Apelação, Reexame Necessário:** Processo Nº 2008.51.16.000588-4

**Apelante:** União Federal

**Apelado:** Ministério Público Federal

## **RELATÓRIO**

Trata-se de remessa necessária e de apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL, trazendo ao crivo do Tribunal a sentença (fls. 267/285) que julgou parcialmente procedente o pedido, formulado pelo Ministério Público Federal, no bojo da presente ação civil pública.

Na peça vestibular, o Ministério Público Federal postulou a condenação da UNIÃO FEDERAL a prestar assistência judiciária aos hipossuficientes, por meio da Defensoria Pública da União, nos Municípios sujeitos à jurisdição da Vara Federal de Macaé/RJ, sob pena de multa diária. Alega que, por meio de representação formulada pela Juíza Federal, Dra. Angelina de Siqueira Costa, o órgão tomou conhecimento de que a Defensoria Pública da União não vem atuando perante a Subseção Judiciária de Macaé/RJ. Aponta que não há Núcleo da DPU neste Município, nem sequer atuação desta no interior, ordinariamente ou em regime de plantão; e que há graves prejuízos à população local. Colaciona o processo administrativo nº 1.30.015.000031/2008-72 (fls. 10/120).

A sentença (fls. 267/285) julgou parcialmente procedente o pedido e condenou a ré "a prestar, em conformidade com metas a serem fixadas em execução de sentença, na esfera judicial e na extrajudicial, nos feitos criminais e cíveis, assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (hipossuficientes), por meio da Defensoria Pública da União, nos municípios (Macaé, Rio das Ostras,

Casimiro de Abreu, Carapebus e Conceição de Macabu) sujeitos à jurisdição da Vara Federal de Macaé.”

Em seu recurso (fls. 314/370), a UNIÃO FEDERAL sustenta, preliminarmente, a impropriedade da via eleita, pois a ação civil pública não é veículo para pretensões dessa espécie, e está sendo utilizada como ação direta de inconstitucionalidade por omissão, usurpando a competência do STF. No mérito, assinala que, consoante a Portaria nº 482/2008, o número de Defensores Públicos da União (268) é insuficiente; que a sua lotação deve obedecer critérios como o número de Varas Federais, a população dos Municípios, a média do IDH e o número de processos e atendimentos judiciais (paj´s); que é inviável ao Poder Judiciário apreciar a conveniência e oportunidade na gestão de vagas para Defensor Público da União e, se o fizer, haveria violação ao artigo 2º da Lei Maior e invasão da competência privativa do Defensor Público Geral da União, do Presidente da República e do Congresso Nacional. Cita a ação civil pública nº 2005.39.01.001496-5, o agravo de instrumento nº 2006.01.00.005713-0, e a suspensão da tutela antecipada nº 183/RS. Assinala que qualquer decisão judicial que determine a remoção compulsória de Defensor Público da União afrontaria a garantia da inamovibilidade, prevista na Constituição Federal; que a DPU atende, além da Justiça Federal, as Justiças Especializadas (Militar, Eleitoral e do Trabalho), os Tribunais Superiores e o Supremo Tribunal Federal; que, segundo as Leis nº 9.020/95 e 10.212/01, a DPU atua em caráter emergencial e provisório; e que o Judiciário não pode interferir na esfera discricionária da Administração. Prequestiona a matéria.

Foram apresentadas contrarrazões pelo MPF (fls. 374/386), pugnano pela manutenção da sentença. Alega que a ação civil pública busca tutelar o patrimônio público e social; que a não prestação dos serviços de assistência judiciária aos hipossuficientes, perante a Justiça Federal de Macaé, gera dano de natureza difusa ao patrimônio social; e que a omissão não tem caráter abstrato, mas concreto, e é apenas a causa de pedir da ação. Aduz que não se trata de invadir a esfera de discricionariedade da Administração, mas fazer valer os dispositivos constitucionais consagrados; e que o poder discricionário diz respeito à forma de executar, e não implica jamais em deixar de executar o que a lei e a Constituição Federal obrigam. Aponta que se trata de serviço essencial, permitindo o acesso à Justiça; que os critérios adotados na lotação dos Defensores não podem se limitar a número e

estatísticas; que os dados informados pela apelante estão equivocados, pois, por exemplo, o número de processos distribuídos na Subseção Judiciária de Macaé/RJ, em 2006, foi de 2.007, e não 976, e, segundo a FGV, o IDH de Macaé é de 0,766, e não 0,79; que a população de Macaé, em 2011, cresceu incrivelmente 43%, contando com 382.426 habitantes.

Nesta Corte e como fiscal da lei, o Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do apelo (fls. 390/396).

É o relatório.

**Guilherme Couto de Castro**  
Desembargador Federal - Relator

## **VOTO**

A remessa necessária e a apelação merecem prosperar, data venia. A sentença deve ser reformada e o pedido deve ser julgado improcedente.

Inicialmente, devem ser afastadas as preliminares de inadequação da via eleita e de impossibilidade jurídica do pedido. Nada obsta a utilização de ações coletivas para tutelar os direitos sociais constitucionalmente garantidos. A viabilidade da tutela confunde-se com o mérito. No caso, aponta-se a garantia do acesso à Justiça.

Assim, a presente ação civil pública não faz as vezes de substituta da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A questão a ser aqui debatida cinge-se a comandar diretamente determinada conduta, a partir do eventual reconhecimento de que essa conduta se extrai da legislação, em suas regras e princípios. Nesse contexto, aferir a possibilidade de determinar o modo, ou não, de atuação da Administração, na prestação de assistência judiciária aos hipossuficientes pela DPU, perante a Subseção Judiciária de Macaé/RJ, é mérito próprio cabível em lide coletiva. O objeto da lide não se refere à omissão em aprovar lei ou ato normativo, embora, é claro, a ausência de lei (regra ou princípio) haja de ser debatida, pois é o cerne da defesa do ente federativo réu.

No mérito, deve ser julgado improcedente o pedido. Não há dúvida que há um problema sério na prestação de serviço pela Defensoria Pública da

União. Como anotado na decisão liminar, mais tarde cassada neste Tribunal (fls. 136/141), o Memorando nº 3801/2008-DPGU/GAB franqueia a atuação de membros do órgão, no interior, a apenas uma vez por semana (fls. 111).

Entretanto, ainda assim, a lógica da inicial, e a da sentença – com a devida vênia – invade a seara da esfera administrativa, com afronta ao art. 2º da Lei Maior, e tudo a partir de correta ponderação da Juíza da localidade (fls. 132), de mau funcionamento da Defensoria Pública.

Antes da previsão da existência da Defensoria Pública – e antes de sua criação, como órgão autônomo – o serviço de assistência judiciária era prestado, seja por advogados dativos, muitos credenciados, seja por universidades e outras instituições. Como a criação de Varas Federais no interior veio depois de já previsto, no texto constitucional, a Defensoria Pública, a muitos parece que Defensoria é premissa necessária para o correto acesso ao Judiciário. Não é, e se o serviço de assistência judiciária já existia antes da Defensoria, não é lógico crer que ele, depois de prevista a existência desse órgão, dele dependa. De outro lado, não se deve imaginar que apenas a previsão constitucional de órgão como a Defensoria Pública seja algo apto a mudar a realidade do país, e muito menos que a mera existência de leis, em qualquer setor, possa mudar, a canteadas, a realidade do país. Esse problema é histórico e crônico, no Brasil, e daí a instabilidade legislativa, com novas leis a cada momento, sempre no intuito de consertar defeitos de leis anteriores.

Mas não é o caso de descambar para a filosofia, e sim de apreciar o pedido trazido, no bojo da presente ação coletiva, no sentido de consertar o problema da Defensoria Pública, em relação aos Municípios sujeitos à jurisdição da Vara Federal de Macaé/RJ.

Ora, se o serviço funciona mal, e poderia e deveria funcionar melhor, isso deve ser apurado devidamente, até sob a ótica criminal, através dos meios regulares. O Ministério Público, por exemplo, pode e deve até abrir inquérito criminal, se tem elementos que configurem a prevaricação.

Mas outra coisa, muito diversa, é determinar que a prestação da assistência judiciária, aos hipossuficientes, se dê pela Defensoria Pública da União em Subseção Judiciária na qual nem sequer existe um Núcleo da DPU instalado. O apelo da União Federal mostra a distribuição de cargos

e os critérios adotados. Já a inicial – e a sentença – nada do mundo real consideram. Tudo parece se resumir a aplicar vagas ideias jurídicas.

Nessa linha, basta esperar que o Judiciário resolva os problemas do país, pois nossa Constituição Federal prevê, ou por regras ou princípios, os mais belos direitos, e então basta implementá-los com a propositura de uma ação civil pública, e a obtenção de uma sentença.

Em suma, tudo é de tremenda irrealidade e, sob o aspecto jurídico, o problema é definir e indicar qual o erro da administração e, se ele existe, punir os responsáveis. Mas o que se pretende aqui é, sem nada apurar, por via transversa, obrigar a União a criar cargos públicos, ampliar a Defensoria, e priorizar Macaé-RJ, já que nem a realidade do país, ou de outras localidades, foi estudada. Nem os dados ofertados pela União Federal jamais foram confrontados.

Aferir prioridades, possibilidades e recursos é matéria sempre delicada, pois envolve questões de organização administrativa e orçamentária – que devem ser aferidas pelo próprio administrador, sob o crivo das penas legais. Infelizmente, é esse crivo das penas legais que não se estuda. É mais fácil e belo recorrer a princípios vagos. É mais difícil perquirir os dados concretos e tomar as providências adequadas (punitivas, repressivas, mas não invasoras de órbita alheia).

Não compete ao Judiciário exercer ingerência sobre os atos do Executivo, e substituí-lo, sob a alegação de omissão. Se há omissão, a lei afirma os mecanismos necessários, mas não pode o magistrado coroar-se novo Defensor Geral, e desfilar seus critérios administrativos. A atuação do Judiciário é adstrita à regularidade e legalidade do ato administrativo, e a tomada de seu mérito configura ofensa à separação dos poderes, consagrada no artigo 2º da Lei Maior.

Assim, obrigar a União Federal a garantir atendimento aos cidadãos dos Municípios (Macaé, Rio das Ostras, Casimiro de Abreu, Carapebus e Conceição de Macabu) sujeitos à jurisdição da Vara Federal de Macaé, do modo a ser disciplinado em liquidação de sentença, é (i) nada dizer, a não ser protelar o problema para a liquidação (ii) avançar sobre aspectos que devem ser apreciados pelo setor administrativo próprio, que tem, ou não, motivos pertinentes para assim não proceder. Se não os tem, o caso é

de improbidade administrativa, sem prejuízo de eventual prática de crime de prevaricação. Se o administrador os tem, então a razão está com ele.

Assim, insista-se sempre, a primeira providência é perquirir a punição das autoridades que descumprem dever afirmado violado pelo autor da ação. Vale dizer, a eventual ação de improbidade contra o Defensor Público que adotou as providências tidas como incorretas. Se não há escusa suficiente, e há razões aptas a mostrar que as escolhas do órgão são absolutamente indevidas (dolosamente indevidas) há improbidade e, eventualmente, prevaricação.

Dessa forma, o correto é afirmar que o Judiciário centralmente deve interferir, em casos como o dos autos, para julgar ações de improbidade contra os administradores que não cumprem seu dever. Ou ações penais. Mas é errado tomar a si tarefa administrativa e afirmar a necessidade e a conveniência de tal ou qual providência, sem ao menos apreciar as razões de contingenciamento de despesas, distribuição de funções, limites orçamentários, e outras.

O direito à assistência judiciária tem sede constitucional e merece amparo, ninguém duvida, e a União não o nega. Como foi dito ao início, há vários meios de prestar a assistência judiciária, ou viabilizá-la. E há vários outros direitos igualmente, ou mais fortemente, calcados na Lei Maior. O pleno direito à saúde, à educação, à segurança, à moradia, ao salário mínimo que satisfaça o art. 7º IV da Carta Maior, o direito à redução dos problemas de desigualdade, etc, tudo isso a Constituição determina. Mas isso não autorizaria que o MP promova ação civil, e o magistrado condene a Administração a tomar todas as providências que ele, magistrado, supõe as necessárias para resolver as urgentes crises da saúde, da educação, das populações que ganham pouco e das marginalizadas, da desigualdade (todas situações cujos vícios a Constituição proclama atacar). Embora tais prioridades estejam na Constituição, não há recursos para tudo.

E, apenas para argumentar, não cabe ao Judiciário intervir nos critérios adotados pela ré na lotação dos Defensores Públicos (número de Varas Federais, população dos Municípios, média do IDH e número de processos e atendimentos judiciais), e decidir da conveniência e oportunidade para a solução aplicável ao caso. Do contrário, exorbitaria as suas funções.

De qualquer sorte, a Defensoria da União não existia, e os quadros de advogados ad hoc, organizados pelo Judiciário, ou pela própria Ordem, sempre foram medidas alternativas que se aplicaram.

Como bem observou o culto Dr. Flávio Oliveira Lucas, no bojo da ação civil pública nº 2007.51.10.005232-4: “Ressalto, ainda, a aparente ausência de dano aos jurisdicionados residentes nos municípios não contemplados com núcleos da Defensoria Pública Federal, pois conforme previsto no artigo 1º, da Resolução nº 558, do CJF de 22/05/2007, “(...) na hipótese de não ser possível a atuação de Defensor Público da União, pela inexistência ou pela deficiência de quadros, o juiz poderá nomear advogado voluntário ou dativo para atuação no processo.”

Nesse sentido:

*“CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DA BAIXADA FLUMINENSE. ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. SEPARAÇÃO DE PODERES. RISCO DE PREJUÍZOS. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. RESERVA DO POSSÍVEL. APARENTE AUSÊNCIA DE DANO. MEDIDAS ADOTADAS PELA ADMINISTRAÇÃO.*

*- Recurso interposto contra sentença de improcedência, tendo pleiteado o d. Ministério Público Federal, quando da propositura da ação civil pública, fosse implantado, pela União, um núcleo da Defensoria Pública para atendimento às Varas e Juizados Especiais Federais de São João de Meriti/RJ, Duque de Caxias/RJ e Nova Iguaçu/RJ, integrantes da Subseção Judiciária da Baixada Fluminense.*

*- Nada obstante a contundência e a relevância dos argumentos do autor, bem como dos fundamentos declinados pelo Em. Desembargador Federal Relator, vislumbrada, por via reflexa, a possibilidade de indevida violação ao Princípio da Separação de Poderes.*

*- Fixação de critério de lotação e significativo aumento de demanda diante do já reduzido número de Defensores e servidores lotados na cidade do Rio de Janeiro. Risco de prejuízos ao atendimento daqueles atualmente assistidos por aquela Instituição Pública e dos que, no futuro, vierem a pleitear a assistência. Transtorno e precariedade do serviço.*

*- Para que o pleito pudesse ser deferido, incumbiria ao autor demonstrar que a efetivação da medida não colocaria em risco a eficácia do atendimento prestado em outros lugares, o que não se deu.*

*- A atuação do Poder Judiciário, em matéria de políticas públicas, deve ser condicionada à aferição da razoabilidade (medida pela*

*aplicação do princípio da proporcionalidade, que significa, em última análise, a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados) e da reserva do possível (aqui entendida como disponibilidade financeira e viabilidade do serviço, diante das condições materiais e humanas existentes).*

*- Aparente ausência de dano aos jurisdicionados residentes nos municípios não contemplados com núcleos da Defensoria Pública Federal. Nomeação de advogados voluntários ou dativos. Resolução nº 558/2007, do CJF. Artigo 1º. Solução adotada nas localidades em questão, conforme admitido pelo próprio autor.*

*- No limite das possibilidades, a própria Administração Pública já vem adotando providências voltadas a suprir a alegada omissão.*

*- Recurso a que se nega provimento.*

*(TRF 2ª Região, 7ª Turma Especializada, Proc. nº 2007.51.10.005232-4, Relator Juiz Federal Convocado FLAVIO DE OLIVEIRA LUCAS, Data Decisão: 02/03/2011).*

O controle judicial de políticas públicas encontra limitações na separação de poderes, na legalidade e na reserva do possível. Assim, em razão de o Judiciário não poder gerir a Administração, mostra-se descabido o pedido formulado na inicial. Para a sentença, no entanto, tudo é fácil. Indaga-se como é possível que os maiores filósofos do mundo não tenham percebido que, para salvar o mundo, basta um MP bem intencionado e um Judiciário ativista?

Do exposto: dá-se provimento à remessa e ao apelo, para julgar-se im procedente o pedido. Sem verba honorária, na forma do artigo 18 da Lei nº 7.347/85.

É o voto.

**Guilherme Couto de Castro**  
Desembargador Federal - Relator

## **EMENTA**

Ação Civil Pública. MPF. Defensoria Pública da União. Assistência judiciária. Políticas públicas. Judiciário. Separação de Poderes.

A ação civil pública não é veículo para levar o Judiciário a exercer ingerência sobre o mérito de ato do Executivo, e substituí-lo, sob a alegação de omissão. No caso, a ação civil pública ajuizada pelo Parquet pede, sob pena de multa à União Federal, que a Defensoria Pública da União preste efetiva assistência judiciária aos hipossuficientes, nos Municípios sujeitos à jurisdição da Vara Federal de Macaé. Se há omissão, a lei prevê os mecanismos punitivos necessários, e são esses (penais e administrativos, contra o gestor), que devem ser buscados. Não pode o magistrado coroar-se novo Defensor Geral, e desfilas seus critérios administrativos sobre como distribuir as atividades. A atuação do Judiciário é adstrita à regularidade e legalidade do ato administrativo, e a tomada de seu mérito configura ofensa à separação dos poderes, consagrada no artigo 2º da Lei Maior. Sentença reformada. Remessa e apelo da providos.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a 6ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, na forma do voto do relator, dar provimento à remessa e à apelação.

Rio de Janeiro, 28 de maio de 2012.

**Guilherme Couto de Castro**  
Desembargador Federal - Relator



---

# *AGRAVO DE INSTRUMENTO*

---

*7ª Turma Especializada*

**Agravo de Instrumento:** Processo Nº 2011.02.01.015889-8

**Agravante:** Financiadora de Estudos e Projetos - FINEP

**Agravado:** Restaurante Feitiço Serrano Ltda. e outros

## **RELATÓRIO**

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto pela Financiadora de Estudos e Projetos – FINEP, contra decisão do juízo da 1ª Vara Federal do Rio de Janeiro, que indeferiu o pedido de bloqueio de ativos financeiros por meio do sistema BACEN JUD.

Sustenta a agravante, em síntese, que o art. 655-A do CPC não exige como requisito para a penhora *online* o esgotamento de diligências de localização de outros bens do devedor passíveis de constrição, como orientava a jurisprudência antes da edição da Lei 11.383/2006.

Nesse sentido, argumenta que, diante das peculiaridades do caso concreto, em que se persegue crédito público, e em que a atitude de total passividade e inércia dos devedores fere o dever de lealdade processual, não há como se negar efetividade ao art. 655-A do CPC.

Assim, pede o bloqueio de créditos em conta corrente e aplicações financeiras dos devedores.

Embargos declaratórios que impugnaram a decisão ora guerreada às fls. 267/276.

Decisão que rejeitou tais embargos de declaração à fl. 277.

É o relatório. Inclua-se em pauta de julgamento.

Rio de Janeiro, 8 de fevereiro de 2011.

**José Antonio Lisboa Neiva**  
Desembargador Federal - Relator

## **VOTO**

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

No mérito, o recurso não merece provimento.

A jurisprudência admitia a penhora por meio eletrônico somente em caráter excepcional, depois de esgotados todos os meios disponíveis no sentido de localizar bens, do executado, passíveis de penhora.

Entretanto, com o advento da Lei 11.382/06, que alterou a redação do art. 655 do CPC, o dinheiro em depósito ou aplicado em instituição financeira passou a ocupar, juntamente com o dinheiro em espécie, o primeiro lugar na ordem de penhora, sendo certo que o art. 655-A, introduzido pelo mesmo dispositivo legal, autoriza expressamente o juiz, mediante requerimento do exequente, a determinar a indisponibilidade de ativos financeiros através de meio eletrônico.

Dessa forma, diante da previsão legal específica quanto à penhora preferencial de ativos financeiros, deve ser admitida a possibilidade de imediata utilização do sistema “Bacen-Jud”, sem que haja necessidade de prévio exaurimento das demais tentativas de localização de bens do executado, eis que inserido no meio jurídico como instrumento de penhora de dinheiro.

Nesse sentido é a orientação do Superior Tribunal de Justiça, inclusive submetida ao regime dos recursos repetitivos:

*PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. SISTEMA BACEN-JUD. 1. O dinheiro é o bem que goza de preferência em relação aos demais, na ordem de penhora estabelecida no art. 655 do CPC. Embora a ordem ali estabelecida não tenha*

*caráter absoluto (Súmula 417/STJ), sua observância deve ser, em regra, atendida, cabendo ao executado, se for o caso, comprovar as especiais circunstâncias que possam eventualmente justificar situação de exceção. 2. Conforme assentado pela Corte Especial, em julgamento de recurso representativo de controvérsia, a penhora de dinheiro ou de ativos financeiros pelo sistema Bacen-Jud previsto no art. 655-A do CPC, não está condicionada a qualquer providência do credor no sentido de promover prévia tentativa de penhora de outros bens (REsp 1.112.943/MA, julgado em 15/09/2010). 3. Recurso Especial provido.*

*(STJ, Resp 1205309, 1ª Turma, rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJE 27/10/2010).*

Nesse sentido, ainda: Resp 1213033, 2ª Turma, rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 19/11/2010; AgRg no Resp 1212334, 1ª Turma, rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJE 17/12/2010; AgRg no Resp 1205224, 2ª Turma, rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJE 27/10/2010; Resp 1194067, 2ª Turma, rel. Min. ELIANA CALMON, DJE 01/07/2010.

Tal aspecto, no entanto, não é suficiente para a admissibilidade da penhora eletrônica com base na sistemática existente.

É importante consignar que o Conselho Nacional de Justiça deliberou, mediante Resolução, por tornar “*obrigatório o cadastramento, no sistema BACENJUD, de todos os magistrados brasileiros cuja atividade jurisdicional compreenda a necessidade de consulta e bloqueio de recursos financeiros de parte ou terceiro em processo judicial*” (Resolução nº 61, art. 2º).

Em que pese a obrigatoriedade de cadastramento determinada pelo CNJ e a previsão do art. 655 – A do CPC no sentido de que “*o juiz, a requerimento do exeqüente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução*”, inexistente previsão legal de que o magistrado seja o **executor** da ordem judicial.

Registre-se, por sua vez, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 27.621, destacou que o cadastro no BACEN JUD “*preservaria a liberdade de convicção para praticar atos processuais essenciais ao*

*processamento dos feitos de sua competência, bem como julgá-los segundo o princípio da persuasão racional, adotado pelo direito processual pátrio. Esse cadastro permitiria ao magistrado optar pela utilização dessa ferramenta quando praticasse certo ato processual e, logicamente, se esse fosse o seu entendimento jurídico.”* (Informativo STF 651, acórdão por maioria, rel. p/ ac. Ricardo Lewandowski, Pleno, julg. 07/12/2011).

É importante deixar claro que o próprio ato do CNJ impugnado no citado mandado de segurança impetrado no Supremo Tribunal Federal (circunscrito à obrigatoriedade de cadastramento no BACEN JUD) ressalva expressamente que a “*obrigatoriedade do cadastramento no sistema não retira do julgador a possibilidade de avaliação e utilização do método em conformidade com as características singulares do processo e a legislação em vigor*” (*apud* decisão da eminente relatora que apreciou a liminar).

Como destaca a doutrina nacional, o “princípio que norteia o sistema do Código é o de que o juiz é o *dominus processus*, isto é, ao juiz compete a suprema condução do processo” (GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Brasileiro*. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, volume I, p. 224).

Confira, ainda: NERY JUNIOR, Nelson, & NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, art. 125, p. 384; MARINONI, Luiz Guilherme, & MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, art. 125, p. 173/174.

A importância de seu papel no processo é destacada na lição inesquecível de MOACYR AMARAL SANTOS, no sentido de que é compreensível “*a razão de ser da predominância do juiz na relação processual. Desta ele participa como órgão do Estado, como órgão de poder (poder jurisdicional), no interesse da coletividade, qual seja o de compor conflitos com justiça, isto é, conforme a vontade da lei*” (*in: Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 12ª edição, São Paulo: Saraiva, 1º volume, 1985, p. 333).

Dessa forma, compete-lhe na nobre direção do processo, sempre atento para as determinações do art. 125 do CPC, presidir os atos judiciais, expedir ordens, determinar a produção de provas (poderes instrutórios), despachar, proferir decisões interlocutórias e sentenças.

Caso o magistrado delibere por requisitar a apresentação de pessoas ou documentos, em absoluto se pode exigir do juiz que confeccione o ofício

ou mandado e, ainda, cumpra a diligência, eis que tarefas atribuídas aos serventuários auxiliares da justiça (artigos 141, I e II, e 143, I e II, do CPC).

A penhora, ainda que efetivada por meio eletrônico, é ato em sua execução da atribuição do Oficial de Justiça (art. 143, I, CPC), razão pela qual o simples fato de ter deferido mediante decisão interlocutória a penhora com o uso do BACEN JUD não significa que se possa impor ao juiz a sua execução material, por ausência de amparo legal e configuração de indevida subversão da atividade judicial.

Ora, se a preferência é a penhora por meio eletrônico, a sua execução exclusivamente pelo juiz iria sobrecarregar o magistrado com a tarefa de cumprir as suas próprias ordens, em diversos processos, propiciando a retirada das atribuições dos servidores que têm como função precípua executar as determinações dos juízes, que nada teriam a fazer nessa esfera.

A utilização do BACEN JUD não se resume a apertar um simples botão, mediante uso da senha, como muitos podem pensar. Vejamos a rotina, em síntese: (i) o usuário acessa a página do BACEN JUD, insere sigla e senha; (ii) no próximo passo, marca o acesso para “inclusão de minuta de bloqueio de valores”; (iii) insere, a seguir, a comarca ou município, a Vara, o número do processo, o tipo/natureza da ação, o nome do autor/exequente, o CNPJ ou o CPF do autor/exequente da ação, o CNPJ ou CPF de cada réu/executado e o valor do bloqueio; (iv) confere os dados da minuta; (v) insere a senha do solicitante e protocola o pedido; (vi) imprime o que foi solicitado.

Aproximadamente dois dias após a solicitação, o juiz retorna à página do BACEN JUD para conferir se a diligência foi positiva, trilhando o seguinte caminho: (i) o usuário acessa a página do BACEN JUD, insere sigla e senha; (ii) marca o ícone referente à ordem judicial pelo número do processo judicial; (iii) indica o número do processo; (iv) na página seguinte aparece a ordem respondida; (v) imprime o resultado.

Na eventualidade de ser constatada a existência de excesso de penhora pode haver o desbloqueio imediato. No entanto, na hipótese de conta impenhorável (p. ex., conta-salário), o juiz somente tem a informação posteriormente, mediante comunicação da parte. Nesse caso, terá que

ingressar novamente na página do BACENJUD e seguir a rotina mencionada, inclusive, como é a regra, para fazer a transferência dos valores para a CEF, com a indicação do banco, agência e natureza do crédito.

Ufa!!!

Some-se a isto, a existência de várias requisições em um processo (litisconsórcio passivo) e multiplicidade de execuções que se submetem à penhora por meio eletrônico, havendo juízes que selecionam dias para efetivar tais comandos com uma pilha de autos de processos.

A existência da Resolução nº 21/2008 desta Corte, que admite a indicação de um servidor para apoio nas consultas e na elaboração de minuta de penhora *on-line* é um avanço, não resta dúvida, mas não soluciona o problema, eis que o magistrado terá que conferir previamente a regularidade da minuta do ato material de execução (cuja atribuição na lei, repita-se, é do servidor), ingressar pessoalmente no sistema, em todas as situações mencionadas, para penhorar, desbloquear e transferir valores.

Em compensação, o juiz é prejudicado na sua atividade fim, de presidir audiências, conciliar, ouvir testemunhas e solucionar conflitos de interesses, havendo afronta à diretriz do art. 125 do CPC, de que o magistrado deve velar pela rápida solução dos litígios.

Ah, esqueci! E os auxiliares da justiça, serventuários, não precisam mais auxiliar os juízes nas atividades materiais de execução, tendo em vista que os magistrados modernamente acumulam as duas funções.

Entendo, dessa forma, que é impossível impor ao juiz função que não lhe é própria, cabendo a este discricionariamente deliberar sobre a conveniência de usar o convênio, que deveria ser aditado para incluir o servidor com atribuição para *os atos de execução (longa manus* do juiz).

Finalmente, é preciso consignar que não se faz uma crítica ao modelo da penhora por meio eletrônico, mais ágil e eficiente no tocante à constrição de valores em depósito nas instituições financeiras, mas sim à atribuição da efetivação material da medida judicial ao magistrado.

É justamente esse o sentido de recente julgado desta 7ª Turma Especializada:

*PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA VIA BACEN-JUD. DINHEIRO EM DEPÓSITO OU APLICADO EM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRIMEIRO LUGAR NA ORDEM DE PENHORA. LEI 11.282/06. ATO MATERIAL DE EXECUÇÃO. FUNÇÃO QUE NÃO SE ENCONTRA NO ÂMBITO DA MAGISTRATURA.*

*I – Com o advento da Lei 11.382/06, que alterou a redação do art. 655 do CPC, o dinheiro em depósito ou aplicado em instituição financeira passou a ocupar, juntamente com o dinheiro em espécie, o primeiro lugar na ordem de penhora, sendo certo que o art. 655-A, introduzido pelo mesmo dispositivo legal, autoriza expressamente o juiz, mediante requerimento do exequente, a determinar a indisponibilidade de ativos financeiros através de meio eletrônico.*

*II – “Conforme assentado pela Corte Especial, em julgamento de recurso representativo de controvérsia, a penhora de dinheiro ou de ativos financeiros pelo sistema Bacen-Jud previsto no art. 655-A do CPC, não está condicionada a qualquer providência do credor no sentido de promover prévia tentativa de penhora de outros bens (REsp 1.112.943/MA, julgado em 15/09/2010)” (STJ, Resp 1205309, 1ª Turma, rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJE 27/10/2010)*

*III – Compete ao juiz na nobre direção do processo, sempre atento para as determinações do art. 125 do CPC, presidir os atos judiciais, expedir ordens, determinar a produção de provas, despachar, proferir decisões interlocutórias e sentenças.*

*IV – Caso o magistrado delibere por requisitar a apresentação de pessoas ou documentos, em absoluto se pode exigir do juiz que confeccione o ofício ou mandado e, ainda, cumpra a diligência, eis que tarefas atribuídas aos serventuários auxiliares da justiça (artigos 141, I e II, e 143, I e II, do CPC).*

*V – A penhora, ainda que efetivada por meio eletrônico, é ato em sua execução da atribuição do Oficial de Justiça (art. 143, I, CPC), razão pela qual o simples fato de ter deferido mediante decisão interlocutória a penhora com o uso do BACEN JUD não significa que se possa impor ao juiz a sua execução, por ausência de amparo legal e configuração de indevida subversão da atividade judicial.*

*VI – Ora, se a preferência é a penhora por meio eletrônico, a sua execução exclusivamente pelo juiz iria sobrecarregar o magistrado com a tarefa de cumprir as suas próprias ordens, em diversos*

*processos, propiciando a retirada das atribuições dos servidores que têm como função precípua executar as determinações dos juízes, que nada teriam a fazer nessa esfera.*

*VII – Impossível impor ao juiz função que não lhe é própria, cabendo a este discricionariamente deliberar sobre a conveniência de usar o convênio, que deveria ser aditado para incluir o servidor com atribuição para os atos de execução (longa manus do juiz)*

*VIII – Cumpre observar que a Min. CÁRMEN LÚCIA, no voto produzido no julgamento do MS nº 27.621, destacou ser descabida uma imposição ao uso do BACEN JUD “sem que essa obrigatoriedade decorresse de previsão legal” (Informativo STF 632).*

*IX – O próprio ato do CNJ impugnado no citado mandado de segurança impetrado no Supremo Tribunal Federal (circunscrito à obrigatoriedade de cadastramento no BACEN JUD) ressalva expressamente que a “obrigatoriedade do cadastramento no sistema não retira do Julgador a possibilidade de avaliação e utilização do método em conformidade com as características singulares do processo e a legislação em vigor”.*

*X – Recurso conhecido e desprovido.*

*(TRF2, Ag. 2011.02.01.011783-5, 7ª Turma, rel. Des. José Antonio Lisbôa Neiva, julgamento em 19/10/2011)*

Isto posto,

Conheço e nego provimento ao recurso.

É como voto.

**José Antonio Lisbôa Neiva**  
Desembargador Federal - Relator

## **EMENTA**

Processo Civil. Agravo de Instrumento. Penhora via BACEN-JUD. Dinheiro em depósito ou aplicado em instituição financeira. Primeiro lugar na ordem de penhora. Lei 11.282/06. Ato material de execução. Função que não se encontra no âmbito da magistratura.

- I – Com o advento da Lei 11.382/06, que alterou a redação do art. 655 do CPC, o dinheiro em depósito ou aplicado em instituição financeira passou a ocupar, juntamente com o dinheiro em espécie, o primeiro lugar na ordem de penhora, sendo certo que o art. 655-A, introduzido pelo mesmo dispositivo legal, autoriza expressamente o juiz, mediante requerimento do exequente, a determinar a indisponibilidade de ativos financeiros através de meio eletrônico.
- II – *“ Conforme assentado pela Corte Especial, em julgamento de recurso representativo de controvérsia, a penhora de dinheiro ou de ativos financeiros pelo sistema Bacen-Jud previsto no art. 655-A do CPC, não está condicionada a qualquer providência do credor no sentido de promover prévia tentativa de penhora de outros bens (REsp 1.112.943/MA, julgado em 15/09/2010)”* (STJ, Resp 1205309, 1ª Turma, rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJE 27/10/2010)
- III – Compete ao juiz, na nobre direção do processo, sempre atento para as determinações do art. 125 do CPC, presidir os atos judiciais, expedir ordens, determinar a produção de provas, despachar, proferir decisões interlocutórias e sentenças.
- IV – Caso o magistrado delibere por requisitar a apresentação de pessoas ou documentos, em absoluto se pode exigir do juiz que confeccione o ofício ou mandado e, ainda, cumpra a diligência, eis que tarefas atribuídas aos serventuários auxiliares da justiça (artigos 141, I e II, e 143, I e II, do CPC).
- V – A penhora, ainda que efetivada por meio eletrônico, é ato em sua execução da atribuição do Oficial de Justiça (art. 143, I, CPC), razão pela qual o simples fato de ter deferido mediante decisão interlocutória a penhora com o uso do BACEN JUD não significa que se possa impor ao juiz a sua execução, por ausência de amparo legal e configuração de indevida subversão da atividade judicial.
- VI – Ora, se a preferência é a penhora por meio eletrônico, a sua execução exclusivamente pelo juiz iria sobrecarregar o magistrado com a tarefa de cumprir as suas próprias ordens, em diversos processos, propiciando a retirada das atribuições dos servidores que têm como função precípua executar as determinações dos juízes, que nada teriam a fazer nessa esfera.

---

VII – Impossível impor ao juiz função que não lhe é própria, cabendo a este discricionariamente deliberar sobre a conveniência de usar o convênio, que deveria ser aditado para incluir o servidor com atribuição para os atos de execução (*longa manus* do juiz)

VIII – O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 27.621, destacou que o cadastro no BACEN JUD “*preservaria a liberdade de convicção para praticar atos processuais essenciais ao processamento dos feitos de sua competência, bem como julgá-los segundo o princípio da persuasão racional, adotado pelo direito processual pátrio. Esse cadastro permitiria ao magistrado optar pela utilização dessa ferramenta quando praticasse certo ato processual e, logicamente, se esse fosse o seu entendimento jurídico.*” (Informativo STF 651, acórdão por maioria, rel. p/ ac. Ricardo Lewandowski, Pleno, julg. 07/12/2011).

IX – O próprio ato do CNJ impugnado no citado mandado de segurança impetrado no Supremo Tribunal Federal (circunscrito à obrigatoriedade de cadastramento no BACEN JUD) ressalva expressamente que a “*obrigatoriedade do cadastramento no sistema não retira do Julgador a possibilidade de avaliação e utilização do método em conformidade com as características singulares do processo e a legislação em vigor*”.

X – Recurso conhecido e desprovido.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados os presentes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Sétima Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do Relatório e do Voto, que ficam fazendo parte do presente julgado.

Rio de Janeiro, 29 de fevereiro de 2012.

**José Antonio Lisbôa Neiva**  
Desembargador Federal - Relator

---

# APELAÇÃO CÍVEL

8ª Turma Especializada

**Apelação Cível:** Processo Nº 2004.51.01.022465-0

**Apelante:** União Federal

**Apelado:** Doracy Pires Battistella

Município do Rio de Janeiro

## RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta pela UNIÃO FEDERAL, nos autos da ação ordinária, ajuizada por DORACY PIRES BATTISTELLA, em face da UNIÃO FEDERAL e do MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, objetivando a condenação do Réu “ *a proceder à implementação do benefício à viúva do servidor público aposentado junto ao Município do Rio de Janeiro, em remuneração equivalente à aposentadoria no cargo que ocupava o de cujus à época da opção pela pensão especial com os reajustes a ela aplicados desde 1980, segundo as regras estatutárias municipais pertinentes ao caso... ao pagamento das parcelas atrasadas, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros legais*” (sic fls. 19/20).”

A sentença objurgada resumiu a causa de pedir:

*“Como causa de pedir, alegou, em síntese, que, em virtude da proibição de acumulação da pensão especial de ex-combatente com outros benefícios percebidos pelos cofres públicos, prevista na Lei nº 4.242/63, o de cujus foi obrigado a optar entre a referida pensão e o benefício da aposentadoria, decorrente do trabalho junto ao Município do Rio de Janeiro. Aduziu que, diante do advento da Carta Constitucional de 1988, a Autora, já habilitada na referida pensão, requereu, administrativamente, a acumulação da pensão especial*

*de ex-combatente com o benefício previdenciário, sem, contudo, nenhuma definição até hoje.”*

A pretensão autoral restou dirimida nos seguintes termos:

*“Em face do exposto, declaro a PRESCRIÇÃO, EXTINGUINDO O PROCESSO com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC, com base na forma da fundamentação supra.*

*Custas ex lege. Condeno a autora em honorários de advogado, que fixo em R\$ 1.000,00 (mil reais), com base no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.*

*P. R. I.”*

Opostos aclaratórios pela parte autora, sobreveio o decisum acolhendo parcialmente a pretensão:

*“...Em vista do exposto, ACOLHO OS EMBARGOS DECLARATÓRIOS de fls. 250/259, para atribuir efeitos modificativos ao decisum de fls. 231/236, o qual passa a ter a seguinte redação, substituindo a de fl. 236:*

*“Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO, na forma da fundamentação acima, para reconhecer o direito da Autora à cumulação de pensão estatutária municipal, pelo falecimento de seu marido, com a pensão especial de ex-combatente, já percebida pela parte autora, na forma do Artigo 53, inciso II, do ADCT, devidamente corrigida, e sendo devidas as parcelas vencidas no quinquênio anterior à propositura da ação, com as devidas correções legais, e descontos de parcelas eventualmente pagas.*

*Custas ex lege. Sem honorários de advogado, tendo em vista a sucumbência recíproca (Artigo 21 do CPC). P.R.I.”*

Irresignada a União recorre (fls. 312/320) renovando, em suma, os argumentos da peça de bloqueio, sublinhando que:

*“O art. 40, § 6º da CRFB/88, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº20/98, veda expressamente a percepção de mais de uma aposentadoria em cargos inacumuláveis na atividade, verbis:*

*“Art. 40(...)*

*§ 6º. Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto neste artigo.”*

*Os cargos de militar e Servidor Civil não são acumuláveis - posto que não se enquadram nas hipóteses excepcionais previstas pelo constituinte, no art. 37, inciso XVI, como passíveis de acumulação.*

*A situação do autor não se encontre resguardada pelo disposto no art. 11 da Emenda Constitucional 20/98, cuja redação é a seguinte, verbis:*

*“Art. 11. A vedação prevista no art. 37, § 10, da Constituição Federal, não se aplica aos membros de poder e aos inativos, servidores e militares, que, até a publicação desta Emenda, tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal, sendo-lhes proibida a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime da previdência a que se refere o art. 40 da Constituição Federal, aplicando-se-lhes, em qualquer hipótese, o limite de que trata o § 11 deste mesmo artigo.” (gn)*

*O art. 37, § 10 da CRFB/88, verbis:*

*“Art. 37(...)*

*§ 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma esta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.” (gn)*

*Constata-se, portanto, que o art. 11 da Emenda Constitucional 20/98 excepcionou tão somente a aplicação do art. 37, § 10, à hipótese de quem ingressou novamente no serviço público federal, por meio do concurso público, antes da promulgação da EC 20/98.*

*Fato é que o art. 11 da EC 20/98 não excepciona a inacumulabilidade de proventos, isto é, a inacumulabilidade dos proventos auferidos enquanto militar inativo com os proventos concernentes de servidor público civil.*

*Com efeito, a regra constitucional é a proibição da acumulação. A permissão, por ser uma exceção, deve ser expressa, sendo certo que a hipótese dos autos não foi excepcionada pelo constituinte.”*

Inconformada, outrossim, a parte autora recorre adesivamente (fls. 324/330), postulando, afinal, que:

*“Por todo o exposto, justificado se encontra o presente recurso hábil a reformar a r.sentença de fls.102/105 de modo a JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO formulado na INICIAL passando a constar de seu dispositivo serem devidas as parcelas vencidas no quinquênio “anterior à propositura do requerimento administrativo”, bem como condenar as Rés nas custas e honorários advocatícios e, quanto a estes, que seja observado o art. 20 § 3º do CPC, considerando o zelo profissional, a atuação inicial de forma administrativa, acompanhando o requerimento de implantação da pensão e conseqüente ingresso com a presente ação, onde também agiu diligentemente a justificar sua quantificação pelo limite máximo estipulado neste dispositivo.”*

Contrarrazões às fls.332/339, e fls.349/351.

Manifestação do MPF às fls.357/361, afirmando não ter interesse público no presente feito.

É o relatório.

**Poul Erik Dyrland**  
Desembargador Federal - Relator

## **VOTO**

A decisão objurgada resumiu a questão:

*“Doracy Pires Battistella, qualificado nos autos, ajuizou ação de procedimento ordinário em face da União Federal e do Município do Rio de Janeiro, postulando a condenação do Réu “a proceder à implementação do benefício à viúva do servidor público aposentado junto ao Município do Rio de Janeiro, em remuneração equivalente à aposentadoria no cargo que ocupava o de cujus à época da opção pela pensão especial com os reajustes a ela aplicados desde 1980, segundo as regras estatutárias municipais pertinentes ao caso... ao pagamento das parcelas atrasadas, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros legais” (sic fls. 19/20).*

*Como causa de pedir, alegou, em síntese, que, em virtude da*

*proibição de acumulação da pensão especial de ex-combatente com outros benefícios percebidos pelos cofres públicos, prevista na Lei nº 4.242/63, o de cujus foi obrigado a optar entre a referida pensão e o benefício da aposentadoria, decorrente do trabalho junto ao Município do Rio de Janeiro. Aduziu que, diante do advento da Carta Constitucional de 1988, a Autora, já habilitada na referida pensão, requereu, administrativamente, a acumulação da pensão especial de ex-combatente com o benefício previdenciário, sem, contudo, nenhuma definição até hoje.”*

A pretensão autoral restou, assim, dirimida:

*“Em face do exposto, declaro a PRESCRIÇÃO, EXTINGUINDO O PROCESSO com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC, com base na forma da fundamentação supra.*

*Custas ex lege. Condeno a autora em honorários de advogado, que fixo em R\$ 1.000,00 (mil reais), com base no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.*

*P. R. I.”*

sob a seguinte fundamentação:

*“Trata-se de hipótese prevista no art. 330, inciso I, do CPC, que impõe o julgamento antecipado da lide.*

*Preliminarmente, não merece prosperar a ilegitimidade passiva argüida por ambos os Réus, eis que o objeto da presente lide gira em torno da proibição de acumulação de pensão especial de ex-combatente, paga pela Primeira Ré, com outros benefícios percebidos pelos cofres públicos, qual seja, in casu, o benefício de aposentadoria do de cujus, decorrente do seu trabalho junto ao Segundo Réu. Por conseguinte, resta indeferir a preliminar de incompetência absoluta da Justiça Federal.*

*Afasto, ainda, a argüição de falta de interesse processual, eis que o requerimento administrativo não enseja a impossibilidade de discussão judicial da questão ora em exame, por força dos princípios da independência das instâncias civil e administrativa e da inafastabilidade do controle jurisdicional posto que inexistente em nosso sistema o contencioso administrativo e, portanto, desnecessária a exaustão da via extrajudicial para invocação da prestação jurisdicional.*

*No mérito*

*Pretende a parte autora, obter provimento jurisdicional que determine a possibilidade de recebimento da pensão especial de ex-combatente, na qualidade de dependente deste último, cumulativamente com proventos relativos à pensão estatutária.*

*Na presente hipótese, a matéria controvertida reside em saber se a pensão estatutária pretendida pela parte autora constitui benefício previdenciário, e, via de consequência, se está excetuada da regra geral estabelecida pelo Artigo 53, caput e inciso II, do ADCT, da CF/88 e Artigo 4º da Lei 8.059/1990, que estabelecem ser a pensão especial inacumulável com quaisquer rendimentos percebidos dos cofres públicos.*

*Entretanto, impende declarar de ofício, a ocorrência de prescrição prevista no Decreto-lei nº 20.910/1932, fulminando a pretensão da parte autora em pleitear a prestação jurisdicional acima descrita. Senão Vejamos.*

*De acordo com o Decreto-lei 20.910, de 06.01.1932, todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, seja qual for a sua natureza, prescreve em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originou.*

*Conforme entendimento jurisprudencial, o prazo de cinco anos deve começar a contar da data em que a autora tomou ciência inequívoca do fato, conforme os casos análogos abaixo transcritos:*

*CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA POR INVALIDEI PERMANENTE. DISACUSIA. DOENÇA PROGRESSIVA. LAUDO PERICIAL UTILIZADO COMO PROVA EMPRESTADA. CATEGORIA DE PROVA DOCUMENTAL. AUTENTICIDADE NÃO QUESTIONADA. VIOLAÇÃO AO ART. 332 DO CPC. INOCORRÊNCIA. PRAZO PRESCRICIONAL. QUESTIONAMENTO DA VALIDADE DO LAUDO PERICIAL PRODUZIDO EM AÇÃO ACIDENTARIA. REQUERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. TERMO A QUO. CONTAGEM A PARTIR DO LAUDO PERICIAL.*

*- Omissis*

*- O termo a quo para contagem do prazo prescricional da ação de segurado contra seguradora deve ser o momento em que o segurado obteve ciência inequívoca de estar acometido de moléstia incapacitante.*

*- Se a ré questiona a validade do laudo pericial produzido em ação acidentária movida pelo autor contra o INSS e requer a produção de prova pericial, não pode, por isso mesmo, pretender que a prescrição seja contada da data da realização daquele exame.*

*- Recurso especial não conhecido.*

*(STJ - RESP 683187 - Processo: 200401185296 UF: RJ Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA - Data da decisão: 08/11/2005 Documento: STJ000687218) ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DE TRABALHO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. DATA DA EFETIVA CONSTATAÇÃO DO DANO. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ.*

*1. "O termo a quo para aferir o lapso prescricional para ajuizamento de ação de indenização contra o Estado não é a data do acidente, mas aquela em que a vítima teve ciência inequívoca de sua invalidez e da extensão da incapacidade de que restou acometida." (RESP 673.576/RS, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ de 21.03.2005)*

*2. É vedado o reexame de matéria fático-probatória em sede de recurso especial, a teor do que prescreve a Súmula 07 desta Corte.*

*3. Recurso especial a que se nega provimento.*

*(STJ - RESP 700716 - Processo: 200401586062 UF: MS Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA - Data da decisão: 04/04/2006 Documento: STJ000680324)*

*In casu, verifica-se que a possibilidade de cumulação de pensão especial de ex-combatente com proventos de natureza previdenciária teve início com o advento da CRFB/88.*

*Sendo assim, o prazo final para o ajuizamento da presente ação seria em 1993, não havendo que se falar em suspensão do prazo prescricional por interposição de requerimento administrativo, eis que este último foi autuado apenas em 27/02/2004, conforme confessa a própria autora à fl. 06. Assim, não há como suspender-se a prescrição já consumada.*

*De fato, a própria autora afirma na inicial que: "somente em 2003 já habilitada na referida pensão especial (falecimento de seu marido em 1987), veio a Autora conscientizar-se do direito de vindicar sua cumulação com o respectivo benefício previdenciário junto à PREVI-RIO/DIP (art. 53, II e III do ADCT)." (sic fl. 06)*

*Com efeito, constata-se que a presente ação foi proposta em dezembro de 2004, ou seja, mais de dez anos após o alegado dano pela autora, donde se conclui que, como o prazo prescricional começa a fluir da data em que poderia ter sido proposta a ação (actio nata), e a parte autora poderia ter se insurgido contra o fato na época em que foi constatado o dano ora alegado, ocorreu a prescrição.”*

Opostos aclaratórios, sobreveio o decisum acolhendo parcialmente a pretensão:

*“DORACY PIRES BATISTELLA opôs os presentes Embargos de Declaração (fls. 250/259), nos quais sustenta que a sentença proferida às fls. 231/236 merece reforma.*

*Alega a Embargante que a sentença guerreada declarou a prescrição de ofício, mas que o direito pleiteado constitui-se em prestação de trato sucessivo, além de ser imprescritível, na qualidade de “... direito a alimentos...” (sic, fl. 251), razão pela qual sustenta existir “...evidente omissão/contrariedade...” (sic, fl. 256) na dita sentença.*

*Os embargos são tempestivos (certidão à fl. 279).*

*Verificando os autos, em primeiro lugar, constato que, instados a manifestar-se a respeito dos embargos declaratórios de fls. 250/259, o Município do Rio de Janeiro (fl. 291) e a União Federal (fls. 294/298) defenderam a inadmissibilidade dos referidos embargos, sustentando que a sentença de fls. 231/236 não apresenta qualquer obscuridade, omissão ou contradição.*

*No entanto, examinando a supracitada sentença, verifico ter ocorrido obscuridade em seu dispositivo.*

*De fato, trata-se de relação de trato sucessivo, aplicando-se, à hipótese sob exame, a prescrição quinquenal, nos termos da Súmula nº 85 do Superior Tribunal de Justiça. Por conseguinte, só haveria a prescrição das parcelas vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da presente ação (18 de novembro de 2004, conforme fl. 02), donde há que se declarar prescritas as parcelas vencidas antes de 18 de novembro de 1999.*

*Outrossim, no que tange ao pedido formulado no item “a” da exordial - implementação da pensão estatutária, pelo Município do Rio de Janeiro, instituída por seu falecido marido, cumulando-a com a pensão especial de ex-combatente já percebida pela ora Embargante, deve-se analisar se a pensão estatutária percebida*

*pela parte impetrante constitui benefício previdenciário, e, via de consequência, se está excetuada da regra geral estabelecida pelo Artigo 53, caput e inciso II, do ADCT, da CF/88 e Artigo 4o da Lei 8.059/1990, que estabelecem ser a pensão especial inacumulável com quaisquer rendimentos percebidos dos cofres públicos.*

*Note-se que o Artigo 531, inciso II do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é bastante elucidativo ao prever a possibilidade de acumulação da pensão especial deixada por ex-combatente com os benefícios previdenciários.*

*Com efeito, verifica-se que a matéria em debate já se encontra resolvida em sede pretoriana, tendo o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 236.902/DF, se manifestado no sentido de que a aposentadoria de servidor público se reveste da natureza de benefício previdenciário, pelo que é acumulável com pensão especial.*

*Corroborando o acima exposto, colaciono as decisões a seguir:*

*“CONSTITUCIONAL. ART. 53, DO ADCT. CUMULAÇÃO DE PENSÃO ESPECIAL DE EX-COMBATENTE COM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO EM SENTIDO LATO. POSSIBILIDADE.*

*I-O art. 53 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabelece que a pensão especial concedida ao ex-combatente será inacumulável com quaisquer rendimentos percebidos dos cofres públicos, exceto os benefícios previdenciários.*

*II-A Constituição da República trata, em seu texto, pela nomenclatura de benefício previdenciário tanto os do regime geral da Previdência Social, quanto os do especial ou estatutário e não fez distinção no artigo supracitado.*

*III-A expressão “benefício previdenciário» contida no art. 53 do ADCT deve ser interpretada em seu sentido lato, fazendo jus a autora, como dependente, à cumulação da pensão especial e a proveniente do Ministério dos Transportes.*

*IV-Apeleção desprovida e remessa necessária parcialmente provida, para reduzir os honorários advocatícios a 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 4º do CPC.”*

*(TRF-2ª Região, Apelação Cível nº 281644, Processo nº 2002.010084968/RJ, Órgão Julgador: Sexta Turma, Rel. Juiz André Fontes, DJU data: 04.02.03, pg. 196.)*

*(grifei)*

*“ADMINISTRATIVO - PENSÃO ESPECIAL DE EXCOMBATENTE - APOSENTADORIA ESTATUTÁRIA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE - ART. 53, II, ADCT - CUMULAÇÃO - PARCELAS EM ATRASO.*

*I-A aposentadoria no sistema estatutário detém natureza de prestação previdenciária. Portanto, é legítima a acumulação da pensão especial concedida a ex-combatente (artigo 53, II, do ADCT) com a aposentadoria estatutária, uma vez que a norma constitucional exceu os benefícios previdenciários da inacumulatividade.*

*II-Não merece prosperar a alegação da União no que tange ao pagamento das verbas pretéritas (Súmulas 269 e 271 do STF), uma vez que a r. sentença determinou somente o pagamento das parcelas desde 14/08/2000, ou seja, da data do ajuizamento do mandamus, conforme dispõe o art. 1o, da Lei nº 5.021/66.*

*III - Remessa necessária e apelação improvidas.”*

*(TRF-2ª Região, Apelação Cível nº 41958, Processo nº 2002.02010009041/RJ, Órgão Julgador: Terceira Turma, Rei. Juíza Tânia Heine, DJU data: 21.07.03, pg. 76) (grifei)*

*Este é, de fato, o caso da Embargante, que recebe pensão especial de ex-combatente, conforme documentos de fls. 27 e 31. Da mesma forma, logrou a Embargante provar nos autos a qualidade de funcionário público municipal de seu falecido marido, conforme documentos às fls. 35/36.*

*Nessa perspectiva, deve o pedido ser julgado procedente, para garantir a cumulação da pensão especial de ex-combatente com a pensão estatutária de funcionário público municipal, haja vista o caráter previdenciário desta última, sendo, ainda, devido o pagamento das parcelas relativas aos cinco anos anteriores à propositura da presente ação, no que diz respeito à pensão estatutária, descontando-se apenas os valores eventualmente pagos.*

*Em vista do exposto, ACOELHO OS EMBARGOS DECLARATÓRIOS de fls. 250/259, para atribuir efeitos modificativos ao decum de fls. 231/236, o qual passa a ter a seguinte redação, substituindo a de fl. 236:*

*“Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO, na forma da fundamentação acima, para reconhecer o direito da Autora à cumulação de pensão estatutária municipal, pelo falecimento de seu marido, com a pensão especial de ex-combatente, já percebida*

*pela parte autora, na forma do Artigo 53, inciso II, do ADCT, devidamente corrigida, e sendo devidas as parcelas vencidas no quinquênio anterior à propositura da ação, com as devidas correções legais, e descontos de parcelas eventualmente pagas.*

*Custas ex lege. Sem honorários de advogado, tendo em vista a sucumbência recíproca (Artigo 21 do CPC). P.R.I.”*

Irresignada a União recorre (fls. 312/320) renovando, em suma, os argumentos da peça de bloqueio, sublinhando que:

*“O art. 40, § 6º da CRFB/88, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº20/98, veda expressamente a percepção de mais de uma aposentadoria em cargos inacumuláveis na atividade, verbis:*

*“Art. 40(...)*

*§ 6º. Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto neste artigo.”*

*Os cargos de militar e Servidor Civil não são acumuláveis - posto que não se enquadram nas hipóteses excepcionais previstas pelo constituinte, no art. 37, inciso XVI, como passíveis de acumulação.*

*A situação do autor não se encontre resguardada pelo disposto no art. 11 da Emenda Constitucional 20/98, cuja redação é a seguinte, verbis:*

*“Art. 11. A vedação prevista no art. 37, § 10, da Constituição Federal, não se aplica aos membros de poder e aos inativos, servidores e militares, que, até a publicação desta Emenda, tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal, sendo-lhes proibida a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime da previdência a que se refere o art. 40 da Constituição Federal, aplicando-se-lhes, em qualquer hipótese, o limite de que trata o § 11 deste mesmo artigo.” (gn)*

*O art. 37, § 10 da CRFB/88, verbis:*

*“Art. 37(...)*

*§ 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma esta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.” (gn)*

*Constata-se, portanto, que o art. 11 da Emenda Constitucional 20/98 excepcionou tão somente a aplicação do art. 37, § 10, à hipótese de quem ingressou novamente no serviço público federal, por meio de concurso público, antes da promulgação da EC 20/98.*

*Fato é que o art. 11 da EC 20/98 não excepciona a inacumulabilidade de proventos, isto é, a inacumulabilidade dos proventos auferidos enquanto militar inativo com os proventos concernentes de servidor público civil.*

*Com efeito, a regra constitucional é a proibição da acumulação. A permissão, por ser uma exceção, deve ser expressa, sendo certo que a hipótese dos autos não foi excepcionada pelo constituinte.”*

Inconformada, outrossim, a parte autora apela (fls. 324/330), postulando, afinal, que:

*“Por todo o exposto, justificado se encontra o presente recurso hábil a reformar a r.sentença de fls.102/105 de modo a JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO formulado na INICIAL passando a constar de seu dispositivo serem devidas as parcelas vencidas no quinquênio “anterior à propositura do requerimento administrativo”, bem como condenar as Rés nas custas e honorários advocatícios e, quanto a estes, que seja observado o art. 20 § 3º do CPC, considerando o zelo profissional, a atuação inicial de forma administrativa, acompanhando o requerimento de implantação da pensão e conseqüente ingresso com a presente ação, onde também agiu diligentemente a justificar sua quantificação pelo limite máximo estipulado neste dispositivo.”*

Em situação análoga proferi voto, nos autos do processo nº 2009.51.01.014409-3, entendendo que por ser acumulação, situação excepcional, deve ser admitida, de forma restrita, pelo que a prevista no artigo 53, inciso II, do ADCT, da CF/88, tem como destinatário exclusivo, a meu juízo, o ex-combatente, e não terceira pessoa, conforme destaquei alhures:

*“In casu, tem-se como incontroverso, portanto, que a pensão militar, foi deferida com fulcro no artigo 30, da Lei 4242/63 (fl.17),*

*que remete aos artigos 30, e 31, da Lei 3765/60, que estatui o pagamento desta, com observância, de não recebimento de outras importâncias dos cofres públicos, sendo inaplicável a regra que autoriza a acumulação de pensão militar, com pensão de um único cargo civil (art. 29 Lei 3765/60), vez que, na forma do artigo 53, II, e respectivo parágrafo único, do ADCT da CF/88, esta possibilidade tem como destinatário único, e exclusivo, o ex-combatente, e não seus dependentes, à teor do que deflui do inciso III, do mesmo preceito constitucional. (TRF2, mutatis, AC2006.51.01.017825-9, Julg. 29/9/09; TRF2, mutatis AC 2006.51.01.018476-4, DJ 06/07/09), restando, neste ponto, irrelevante a regra do artigo 25 da Lei 8059/90, para o deslinde da causa.*

*Por derradeiro, cuidando-se, in casu, de ato nulo, e não anulável, este pode ser revisto, a qualquer tempo, resguardados os valores pagos (TRF2, MS 2003.02.01.008803-6, J 12/02/07).*

*Ante o exposto, provejo o recurso e a remessa necessária. Agravo retido não conhecido, por não renovado.*

*É como voto.”*

Neste diapasão, a apelação adesiva resta sem objeto.

Ante o exposto, provejo o recurso e a remessa necessária da União, para julgar improcedente o pedido, e julgo prejudicada a apelação adesiva.

Oportunamente, inclua-se o Município do Rio de Janeiro, como apelado.

É como voto.

**Poul Erik Dyrlund**

Desembargador Federal - Relator

## **EMENTA**

Administrativo - Processual Civil - Ex-combatente - Pensão especial. Art.53, II do ADCT e Lei 5059/90 – Pensão estatutária – Dependente - Ato nulo.

Cuida-se de ação ordinária, objetivando a condenação do Réu “a proceder à implementação do benefício à viúva do servidor público

*aposentado junto ao Município do Rio de Janeiro, em remuneração equivalente à aposentadoria no cargo que ocupava o de cujus à época da opção pela pensão especial com os reajustes a ela aplicados desde 1980, segundo as regras estatutárias municipais pertinentes ao caso... ao pagamento das parcelas atrasadas, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros legais*

Em situação análoga proferi voto, nos autos do processo nº 2009.51.01.014409-3, entendendo que por ser acumulação, situação excepcional, deve ser admitida, de forma restrita, pelo que a prevista no artigo 53, inciso II, do ADCT, da CF/88, tem como destinatário exclusivo, a meu juízo, o ex-combatente, e não terceira pessoa, conforme destaquei alhures: *"In casu, tem-se como incontroverso, portanto, que a pensão militar, foi deferida com fulcro no artigo 30, da Lei 4242/63 (fl.17), que remete aos artigos 30, e 31, da Lei 3765/60, que estatui o pagamento desta, com observância, de não recebimento de outras importâncias dos cofres públicos, sendo inaplicável a regra que autoriza a acumulação de pensão militar, com pensão de um único cargo civil (art. 29 Lei 3765/60), vez que, na forma do artigo 53, II, e respectivo parágrafo único, do ADCT da CF/88, esta possibilidade tem como destinatário único, e exclusivo, o ex-combatente, e não seus dependentes, à teor do que deflui do inciso III, do mesmo preceito constitucional. (TRF2, mutatis, AC2006.51.01.017825-9, Julg. 29/9/09; TRF2, mutatis AC 2006.51.01.018476-4, DJ 06/07/09), restando, neste ponto, irrelevante a regra do artigo 25 da Lei 8059/90, para o deslinde da causa. Por derradeiro, cuidando-se, in casu, de ato nulo, e não anulável, este pode ser revisto, a qualquer tempo, resguardados os valores pagos (TRF2, MS 2003.02.01.008803-6, J 12/02/07). Ante o exposto, provejo o recurso e a remessa necessária. Agravo retido não conhecido, por não renovado."*

- Neste diapasão, a apelação adesiva resta sem objeto.
- Recurso e a remessa necessária da União providos, para julgar improcedente o pedido, e, julgado prejudicada a apelação adesiva.

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados os presentes autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Membros da Oitava Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, em prover o recurso e a remessa necessária, e prejudicada a apelação adesiva, nos termos do voto do Relator, que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

Rio de Janeiro, 24 de agosto de 2010.

**Poul Erik Dyrland**  
Desembargador Federal - Relator



Impressão e Acabamento



**DIGRA•SED**  
Divisão de Produção Gráfica e Editoria  
TRF 2ª Região



Rua Acre, 80 - 22º andar ♦ Centro ♦ Rio de Janeiro ♦ RJ  
☎ (0xx21) 3261-8304 ♦ 3261-8530 ♦ 3261-8599 ♦ 3261-8465  
Fax: 3261-8449 ♦ [www.trf2.gov.br/emarf](http://www.trf2.gov.br/emarf)

