

Jurisprudência da Primeira Seção

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL
N. 839.824-RS (2006/0214837-1)

Relator: Ministro Castro Meira
Embargante: Estado do Rio Grande do Sul
Procuradores: Karina da Silva Brum e outros
Embargado: João Alberto Schenkel Neto
Advogado: Sem representação nos autos

EMENTA

Tributário. Processo Civil. Execução fiscal. IPVA. Nulidade da CDA. Substituição viável.

1. A substituição ou emenda da Certidão de Dívida Ativa é uma faculdade conferida à Fazenda Pública, em observância ao princípio da economia processual. Tal procedimento, contudo, é permitido até a prolação da sentença, consoante dispõe o § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980.

2. Antes de prolatada a sentença nos embargos do devedor, deve ser oferecida oportunidade à exeqüente para substituição ou emenda da Certidão de Dívida Ativa, a fim de sanar as deficiências verificadas.

3. O auto de lançamento se presta para comunicar ao contribuinte a existência de crédito em aberto, sendo anterior à emissão da CDA e com esta não se confundindo. Dessarte, a juntada desse auto não pode suprir falha da referida certidão.

4. Embargos de divergência providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos embargos e dar-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. A Srª. Ministra Denise Arruda e os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, José Delgado, Eliana Calmon, Luiz Fux, João Otávio de Noronha e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 28 de fevereiro de 2007 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de embargos de divergência opostos pelo Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão, da Relatoria do Ministro José Delgado, exarado no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 839.824-RS, assim ementado:

“Processual Civil. Agravo regimental. IPVA. Substituição de CDA. Impossibilidade. Não-ocorrência de erro formal ou material. Ausência de requisitos essenciais à verificação da validade da CDA. Precedentes.

1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento a recurso especial.

2. O acórdão *a quo* considerou viciada a CDA, não autorizando a sua substituição.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que é possível a substituição da CDA, em face da ocorrência de erro material ou formal, antes da prolação da sentença.

4. No entanto, *in casu*, não se trata de mero erro material, mas de ausência de requisitos essenciais à verificação da validade da CDA: origem especificada da dívida, o exercício a que se refere a dívida que lhe dá origem (IPVA) e o veículo (nem o número da placa).

5. Impossibilidade de substituição de Título Executivo quando não se tratar de mera correção de erro material ou formal, por não possuir tutela na Lei n. 6.830/1980 e no CTN.

6. Precedentes citados, não obstante o respeito a eles reverenciado, que não transmitem a posição deste Relator. A convicção sobre o assunto continua a mesma e intensa.

7. Agravo regimental não-provido.” (Fl. 139)

Para comprovar a divergência, o embargante colaciona arestos da Primeira e Segunda Turmas, entre eles o REsp n. 827.677-RS, da Relatoria da Ministra Eliana Calmon, assim sintetizado:

“Tributário. Execução fiscal. IPVA. Nulidade da CDA. Ausência de discriminação dos valores por exercício e individualização do veículo. Obrigatoriedade de oportunização de substituição ou emenda da CDA até a prolação da sentença.

1. A CDA é título formal, cujos elementos devem estar bem delineados para não impedir a defesa do executado.



2. Hipótese dos autos em que a CDA deixou de discriminar os valores do IPVA cobrado por exercício, bem como de individualizar o veículo que desencadeou a execução, o que prejudica a defesa do executado, que se vê tolhido de questionar a origem, as importâncias e a forma de cálculo.

3. A Fazenda Pública pode substituir ou emendar a Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença, a teor do disposto no § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980.

4. Não é possível o indeferimento da inicial do processo executivo, por nulidade da CDA, antes de se possibilitar à exequente a oportunidade de emenda ou substituição do título.

5. Recurso especial provido em parte.” (DJ 1º.08.2006)

O embargante sustenta restar configurado o dissídio, porquanto a Primeira Turma entendeu pela “impossibilidade de substituição de Título Executivo quando não se tratar de mera correção de erro material ou formal, por não possuir tutela na Lei n. 6.830/1980, a Segunda Turma, em posição diametralmente oposta, entende que, ‘em homenagem ao princípio da economia processual, deve ser concedida oportunidade à recorrente para substituir a Certidão de Dívida Ativa eivada de irregularidade.’” (Fl. 151)

Decorreu o prazo legal sem que fosse apresentada impugnação.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): A substituição ou emenda da Certidão de Dívida Ativa é uma faculdade conferida à Fazenda Pública em observância ao princípio da economia processual. Tal procedimento, contudo, é permitido até a prolação da sentença, consoante dispõe o § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980 a seguir transcrito:

“Art. 2º Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

(...)

§ 8º Até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos”.

Por decisão de 1ª Instância compreende-se a sentença proferida nos embargos à execução, consoante a orientação desta Corte, como se constata no julgado subsequente:

“Recurso especial. Alínea **a**. Tributário. Embargos à execução fiscal. CDA. Emenda. Possibilidade até a prolação da sentença. Intimação para apresentação de novos embargos. Prazo de 30 dias. Necessidade. Inteligência do art. 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/1980.

A Certidão de Dívida Ativa pode ser substituída até a decisão de 1ª Instância, ou seja, desde que a petição inicial da execução é submetida ao despacho inicial do juiz até a prolação da sentença que decidir os embargos à execução fiscal eventualmente opostos. (cf. art. 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/1980)

A Fazenda Pública tem a prerrogativa de alterar a *causa petendi* no curso da ação executiva. Indispensável, no entanto, a intimação do executado após a emenda do título para oposição de novos embargos, assinalado o prazo de 30 dias, na forma do art. 2º, § 8º, da Lei de Execuções Fiscais.

A executada foi intimada do despacho que deferiu a emenda da CDA por meio de seu advogado, situação que não supre a necessidade de intimação específica para oposição de embargos. Evidencia-se, pois, violação ao direito de defesa do executado, que, em sua manifestação, limitou-se a reiterar os termos contidos na petição dos primeiros embargos e a rebater o conteúdo da impugnação, mencionando, *en passant*, a impossibilidade de emenda do título executivo.

Recurso especial provido.” (REsp n. 504.168-SE, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 28.10.2003)

A mais abalizada doutrina segue o mesmo entendimento, como se verifica dos trechos retirados de diversas obras relativas ao assunto:

“Não há execução sem título executivo, líquido, certo e exigível, que lhe sirva de base ou fundamento (CPC, arts. 583 e 586). A exemplo do que já dispunha o Código Tributário Nacional, art. 203, permite, porém, a Lei n. 6.380 um privilégio à Fazenda Pública, qual seja, o da substituição da Certidão de Dívida Ativa no curso da execução fiscal, desde que não tenha sido ainda proferida a sentença de primeira instância nos embargos do devedor.” (Theodoro Júnior, Humberto in Lei de Execução Fiscal: Comentários e Jurisprudência, 9ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2004, p. 26);

“Entretanto, mesmo tratando-se de prerrogativa da Fazenda Pública, há limitações materiais e formais à emenda ou substituição da Certidão da Dívida Ativa.



(...)

O primeiro aspecto a ser analisado é a oportunidade para a emenda ou substituição da Certidão. Trata-se de um limite de ordem processual. O art. 203 do CTN, em comento, dispõe que (...) ‘a nulidade poderá ser sanada até a decisão de 1ª Instância’.

O legislador, ao referir-se a decisão de 1ª Instância teve em mente a sentença proferida nos embargos do executado, pois é nesta que será decidida a controvérsia da pretensão executiva. Para Maria Helena Rau de Souza, ‘(...) a norma em foco, ao aludir à decisão de 1ª Instância, teve em vista a sentença de mérito proferida em função de defesa oposta pelo executado, haja vista o conteúdo de sua parte final’.

É nos embargos que o executado exercerá amplamente sua defesa, impugnando a legitimidade da pretensão Fazendária, oportunidade que não teve anteriormente, em razão da forma como se constitui o título executivo da Fazenda Pública, conforme já tratado. Em sede de embargos as arestas são aparadas e a pretensão da Fazenda, se subsistir, fica purificada, ao menos quanto ao seu aspecto de direito material.

Portanto, verificando a Fazenda Pública que da Certidão de Dívida Ativa consta *omissão de qualquer dos requisitos* previstos no art. 202 do CTN ou *erro a eles relativo*, poderá, por iniciativa própria, ou motivada, promover a emenda ou requerer a substituição da Certidão até o momento da sentença nos embargos, afastando, dessa forma, o vício do título e, conseqüente nulidade da execução.

“(...) Em remate, pode a Fazenda Pública substituir ou emendar a Certidão da Dívida Ativa, até a sentença dos embargos à execução, desde que não exercida essa prerrogativa com o fim de corrigir erros ou vícios do processo administrativo a que se liga a Certidão.” (Rodrigues, Cláudia *in O Título Executivo na Execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 207/208 e 212);

“Teve em vista a regra, impelida por grosseiras impropriedades, à sentença proferida nos embargos opostos pelo executado, como se depreende da sua parte final. Logo, frente a tais embargos, cuja convincente fundamentação aponta falha na certidão (p. ex., omissão do responsável por substituição, contra o qual se voltou a execução), à Fazenda é admissível corrigir ou substituir o título, alterando a causa petendi da respectiva demanda executória.” (de Assis, Arakén *in Manual do Processo de Execução*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p. 813).

Américo Luís Martins da Silva, em sua obra *A Execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública*, reservou um item exclusivamente para tratar da substituição e emenda da certidão da dívida ativa. Vale transcrever os seguintes excertos do tópico em comento:

“Para Aliomar Baleeiro, do *rigor formal da inscrição* como ato jurídico administrativo, decorre logicamente a severidade do acima transcrito art. 203 do CTN, cominando a sanção de nulidade, para a inscrição e para a certidão dela, se forem omitidos ou estiverem erradas as indicações essenciais arroladas no art. 202 do CTN (nome do devedor, dos co-responsáveis; seu domicílio ou residência; a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos; a origem e a natureza do crédito; a data em que foi inscrita; e o número do processo administrativo de que se originar o crédito). Todavia, essa nulidade por defeito formal pode ser sanada pela apresentação de nova e correta certidão da inscrição, mas só até o momento anterior à conclusão dos autos ao juiz de primeira instância para julgamento dos embargos do devedor ao executivo fiscal.

(...)

Posteriormente, o § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830, de 22.09.1980, veio prescrever que ‘até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos’. Como se vê, o citado § 8º do art. 2º da Lei de Execução Fiscal não inovou em nada a matéria, já que apenas repetiu dispositivo já existente no Código Tributário Nacional. A única diferença reside no fato de o Código Tributário Nacional admitir apenas a *substituição* e a atual Lei de Execução Fiscal permitir não apenas a *substituição* mas também a *emenda*.

Emenda constitui correção de defeito ou de erro, na inscrição e na certidão, por provocação da parte interessada ou de ofício pelo juiz, sem que se tenha que substituí-los integralmente por outros. A emenda refere-se, portanto, ao saneamento de possíveis irregularidades existentes na certidão. Geralmente, o juiz, que conduz as diligências e atos processuais da ação de execução fiscal, examina a certidão tão logo lhe chegue em conclusão o processo, após os trabalhos de autuação e registro. Pode ser que neste momento verifique defeito ou erro que possa ser sanado. Quando isto ocorre, determina, então, que seja emendada.

Já a substituição diz respeito a colocação de uma certidão nova no lugar da anterior, em virtude de defeito ou erro grave que implica na sua nulidade. Assim, ao contrário da emenda, a substituição tem como causa a necessidade de alteração completa da certidão da dívida ativa, inclusive da quantia cobrada. No entanto, o prazo para que a Fazenda Pública proceda



à substituição termina no momento em que for proferida a decisão de 1ª Instância. Este prazo é de preclusão.” (p. 146/147)

O acórdão embargado não discrepa do acórdão paradigma quanto à possibilidade de substituição do título executivo extrajudicial, assentando em sua ementa:

“3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que é possível a substituição da CDA, em face da ocorrência de erro material ou formal, antes da prolação da sentença.”

No entanto deixou de aplicar tal orientação por dois fundamentos, assim explicitados nos itens 4 e 5 da mesma ementa:

“4. No entanto, *in casu*, não se trata de mero erro material, mas de ausência de requisitos essenciais à verificação da validade da CDA: origem especificada da dívida, o exercício a que se refere a dívida que lhe dá origem (IPVA) e o veículo (nem o número da placa).

5. Impossibilidade de substituição de Título Executivo quando não se tratar de mera correção de erro material ou formal, por não possuir tutela na Lei n. 6.830/1980 e no CTN.”

Passo ao exame dos acórdãos apontados como paradigma.

Embora a Ministra Eliana Calmon inicie seu voto, no Recurso Especial n. 827.677, em que foi Relatora, esposando o entendimento de que é nulo o título, ante “a ausência de discriminação dos valores por exercício, bem como do veículo que originou o débito fiscal”, V. Ex^ª. conclui:

“Quanto à tese remanescente, de acordo com a orientação firmada por esta Corte, a emenda ou substituição da Certidão de Dívida Ativa é uma faculdade conferida à Fazenda Pública em observância ao princípio da economia processual, sendo esse procedimento permitido até a prolação da sentença, a teor do disposto no § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980. Nesse sentido, estão os seguintes julgados:

“Tributário e Processual Civil. Execução fiscal. CDA. Nulidade. Possibilidade de substituição.

1. Conforme a jurisprudência desta Corte, não é cabível a extinção da execução fiscal com base na nulidade da CDA, antes de citado o executado, sem a anterior intimação da Fazenda Pública para emenda ou substituição do título. (REsp n. 745.195-RS, Segunda Turma, Ministro Castro Meira, DJ 15.08.2005; REsp n. 796.292-RS, Segunda Turma, Ministra Eliana Calmon, DJ 06.03.2006)

2. Recurso especial a que se dá provimento.’ (REsp n. 822.835-RS, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 02.05.2006, DJ 11.05.2006 p. 177)

‘Processo Civil e Tributário. Execução fiscal. IPTU. Prescrição. Decretação de ofício. Impossibilidade. CDA. Possibilidade de substituição ou emenda até a prolação da sentença.

1. Está pacificado no âmbito da Primeira Seção o entendimento de que, em sede de execução fiscal, a prescrição não pode ser decretada de ofício.

2. A Fazenda Pública pode substituir ou emendar a Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença, a teor do disposto no § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980.

3. Não é possível o indeferimento da inicial do processo executivo, por nulidade da CDA, antes de se possibilitar à exequente a oportunidade de emenda ou substituição do título.

4. Recurso especial provido.’ (REsp n. 796.292-RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 15.12.2005, DJ 06.03.2006, p. 368)

‘Processo Civil. Tributário. Execução fiscal. CDA. Nulidade possibilidade de substituição até a sentença dos embargos à execução. Prescrição. Decretação de ofício. Impossibilidade. Art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil.

1. É permitida à Fazenda Pública a substituição da Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença dos embargos à execução.

Inteligência do § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980.

2. Em homenagem ao princípio da celeridade processual, não é razoável manter a sentença que extinguiu o feito antes de citado o executado, sem conferir à exequente oportunidade para substituir o título que engloba num único valor a cobrança de diferentes exercícios.

3. A ação de execução fiscal versa sobre direito de natureza patrimonial. O julgador singular, ao decretar de ofício a prescrição da execução, não observou o disposto no art. 219, § 5º do CPC, aplicável na espécie. Precedentes.

4. A decretação de ofício da prescrição — mesmo assim, após a ouvida da Fazenda Pública — somente se tornou possível com o advento da Lei n. 11.051, de 29.12.2004, que acrescentou o § 4º ao



art. 40 da Lei n. 6.830, de 22.09.1980, com a seguinte redação: 'Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o Juiz, depois de ouvir a Fazenda Pública, poderá reconhecer a prescrição e decretá-la de imediato'.

5. Recurso especial provido'. (REsp n. 745.195-RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 02.06.2005, DJ 15.08.2005, p. 295)

'Execução fiscal. Recurso especial. Vício formal em CDA. Possibilidade de substituição. Ausência de nulidade. Aplicação da regra inscrita no art. 2º, § 8º da Lei n. 6.830/1980. Agravo interposto contra decisão que nega provimento à exceção de pré-executividade. Decisão colegiada. Inexistência de prejuízo à substituição da CDA. Recurso especial conhecido e desprovido.

1. Agravo de instrumento interposto por Bataguaçu Comércio de Peças Para Tratores Ltda contra a decisão da Vara de Execução Fiscal da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Campo Grande-MS que julgou improcedente a exceção de pré-executividade apresentada nos autos da execução fiscal movida pelo Município de Campo Grande-MS contra a ora agravante. O acórdão do TJMS proveu parcialmente o agravo por entender que a instauração de processo administrativo não é pressuposto para a discussão da matéria na via judicial e que a inexistência da indicação do fundamento legal na CDA não tem o condão de fulminar de nulidade o título executivo, por ser possível a emenda ou substituição. Em sede de recurso especial, alega-se violação dos arts. 203 do CTN e 2º da Lei de Execuções Fiscais, em razão de os artigos supracitados serem expressos ao prever que a substituição só pode ocorrer até a decisão de primeira instância, não procedendo o argumento de que o texto legal refere-se à decisão proferida em sede de embargos, pois os dispositivos não usaram a palavra 'sentença', mas a expressão 'decisão de 1º grau'.

Afirma, ainda, que a decisão proferida em sede de exceção de pré-executividade, por se tratar também de uma decisão de 1ª Instância, faz parte do campo de incidência dos nominados artigos e que seria contra-senso permitir que, após todo esse trâmite processual, pudesse o recorrido substituir ou emendar o título.

Contra-razões sustentando que a substituição da CDA só será feita quando a decisão transitar em julgado e que a CDA tem presunção de certeza e liquidez.

2. A substituição de CDA, com o objetivo de reparação de mero erro formal, pode ser realizada até que proferida decisão de 1ª Instância, assim entendida aquela que é produzida no curso regular da instrução processual, consoante estabelece o art. 2º, § 8º da Lei n. 6.830/1980.

3. Na espécie, não houve qualquer violação a esse dispositivo, uma vez que o Tribunal recorrido, ao julgar agravo de instrumento decorrente de decisão que desproveu exceção de pré-executividade, determinou à Fazenda que procedesse à substituição da CDA, restando inequívoco, de tal modo, que a solução do litígio se encontra, ainda, no âmbito do Juízo de 1º grau, no qual terá regular instrução, inclusive com a prolação da sentença.

4. Recurso especial conhecido e desprovido'. (REsp n. 713.656-MS, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 02.06.2005, DJ 27.06.2005, p. 273)

'Processo Civil. Embargos do devedor à execução fiscal. Aplicação subsidiária do CPC. Art. 284. Possibilidade. Emenda da inicial oportunidade de concessão obrigatória.

Consoante do disposto no art. 1º da Lei de Execução Fiscal, a esta aplicam-se subsidiariamente as regras contidas no Código de Processo Civil.

Inexistindo na Lei de Execução qualquer norma referente à possibilidade de emenda da petição inicial, o art. 284 do Estatuto Processual deve ser observado.

Não pode o magistrado decretar a extinção do processo, sem julgamento de mérito, sem antes facultar à parte que proceda à emenda da peça vestibular.' (REsp n. 251.283-SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Segunda Turma, julgado em 16.06.2000, DJ 1º.08.2000, p. 246)

De fato, resta comprovada a divergência entre os julgados.

No caso em tela, antes da prolação da sentença nos embargos do devedor, não foi proporcionada à exequente a faculdade de substituição ou emenda da Certidão de Dívida Ativa, a fim de sanar as deficiências verificadas, o que levou à equivocada extinção do processo sem resolução de mérito.

O auto de lançamento presta-se para comunicar ao contribuinte a existência de crédito em aberto. É anterior à emissão da CDA, e com esta não se confunde. Dessarte, sua juntada não pode suprir falha da certidão.



A CDA é emitida — caso o débito fiscal não seja solvido — e serve para perfectibilizar o título e instrumentalizar a execução fiscal.

Ante o exposto, dou provimento aos embargos de divergência.

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 11.084-DF (2005/0176982-9)

Relator: Ministro José Delgado

Impetrante: Gerdau Açominas S/A

Advogados: Marcelo Beltrão da Fonseca e outro

Impetrado: Ministro de Estado do Desenvolvimento Indústria e Comércio Exterior

EMENTA

Administrativo. Mandado de segurança. Ato concessório de *drawback*. Anulação pela própria administração. Legalidade. Ausência de apontada decadência do direito da administração. Conjunto de elementos de fato e de direito que afastam a alegada certeza e liquidez do direito. Denegação da ordem.

1. Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Gerdau Açominas S/A, figurando como autoridade coatora o Ministro de Estado do Desenvolvimento Indústria e Comércio Exterior, por haver praticado ato que anulou a suspensão do pagamento de tributos na importação de componentes, partes e peças, adquiridos para a fabricação de máquinas e equipamentos no território brasileiro, sob o regime de *drawback*, que havia sido regularmente autorizado por três diferentes atos administrativos (Ato concessório de *Drawback* n. 1616-98/000001-7, de 23.10.1998, e seus aditivos, n. 1.616-00/000063-9, de 1ª.02.2000 e n. 1.616-00/000233-0, de 1ª.08.2000). Ao que se constata, a verificação de eventual existência de direito líquido e certo, alegado pela impetrante, cinge-se a duas argumentações centrais: a) a Administração não poderia ter anulado o Ato Concessório de *Drawback*, porquanto já havia incidido o lapso quinquenal de decadência, e b) o ato anulado estava inteiramente revestido de legalidade.

2. Contudo, tal como posto nos autos, e em que pese a complexidade da questão, estão evidenciados nos autos alguns aspectos de fundamental relevância para o deslinde da controvérsia, que afastam o apontado direito líquido e certo à pretendida invalidação do ato administrativo praticado pela autoridade coatora, que anulou Ato Concessivo de *Drawback*, como se demonstra:

a) não houve decadência do direito de a Administração anular os seus próprios atos, na medida em que, embora o Ato Concessivo do *Drawback* tenha sido editado em 1998, os Termos Aditivos a ele vinculados o foram em 1º.03.2000 e 1º.08.2000, sendo que a anulação efetivada pelo Poder Público se operou em 16.06.2005, em razão de processo administrativo (52100.008010/2001-58) instaurado em 2001;

b) as razões e referências documentais apresentadas pela autoridade impetrada possuem o efeito de demonstrar que a conduta administrativa anulatória do sistema de *drawback*, antes concedido à impetrante, objetivou, tão-só, a legítima proteção do interesse e da finalidade públicas, fiscalizando e regulando a concessão de favor fiscal disponibilizado pelo Estado;

c) É inafastável o juízo de que diversas ilegalidades, tais como o fato de a empresa promotora da licitação ser também beneficiária do *drawback*, ou, ainda, a ausência de financiamento internacional sobre a totalidade do fornecimento de máquinas e equipamentos, tal como exigido pelo art. 5º da Lei n. 8.032/1990 que, realmente, assim dispõe;

d) O direito postulado pela impetrante não se reveste de certeza e liquidez. Ao contrário, o conjunto dos elementos de convicção trazidos a juízo pelo presente *mandamus* indicam sentido diverso, apontado pela razoabilidade e consistência fática e legal dos argumentos articulados na defesa promovida pela Consultoria Jurídica do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.

3. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.



Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 11 de outubro de 2006 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ 13.11.2006

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Gerdau Açominas S/A, figurando como autoridade coatora o Ministro de Estado do Desenvolvimento Indústria e Comércio Exterior, por haver praticado ato que anulou a suspensão do pagamento de tributos na importação de componentes, partes e peças, adquiridos para a fabricação de máquinas e equipamentos no território brasileiro, sob o regime de *drawback*, que havia sido regularmente autorizado por três diferentes atos administrativos. (Ato concessório de *drawback* n. 1.616-98/000001-7, de 23.10.1998, e seus aditivos, n. 1.616-00/000063-9, de 1ª.02.2000 e n. 1.616-00/000233-0, de 1ª.08.2000)

Alegou a impetrante deter direito líquido e certo à revogação do ato concessivo de *drawback* pelas razões seguintes:

a) a autoridade impetrada não poderia anular atos concessórios realizados mais de 5 (cinco) anos antes da anulação, com fundamento em nova legislação e novo entendimento da administração (fl. 8);

b) no caso, a Administração decaiu do direito de anular os seus próprios atos, nos termos do art. 54 da Lei n. 9.784/1999, uma vez que o Ato Concessório de *Drawback* foi editado em 23.10.1998, e a decisão final no processo administrativo, atacada pelo presente mandado de segurança, foi proferida em 16.06.2005 (fl. 9);

c) ainda que não ocorrida a decadência, por estar revestida de inteira legalidade, não poderia ser anulada a concessão do regime de *drawback*. (Fls. 10/19)

d) é de direito o deferimento da segurança, para o efeito de restabelecer o Ato Concessivo de *Drawback* para o Fornecimento no Mercado Interno. (Fl. 20)

Decisão de fls. 1.368/1.371, denegando a liminar, sob o fundamento de que os argumentos articulados não foram suficientes a caracterizar, de pronto, a existência da fumaça do bom direito e do perigo da demora.

A autoridade coatora prestou informações às fls. 1.344/1.437, referindo, em síntese, que:

a) houve grave equívoco da Administração ao conceder o regime de *drawback* à mesma empresa realizadora do processo licitatório;

b) com o fito de conferir aparente legalidade ao procedimento, incluiu-se na operação uma terceira empresa, para realizar o processo de industrialização, o que não produziu efeitos legais, uma vez que essa empresa não detém a natureza comercial;

c) não se conferiu nova interpretação ao direito aplicado, mas o reconhecimento que ato administrativo anulado foi realizado em confronto com a lei.

Interposto agravo regimental, foi desprovido, de forma unânime, pelo acórdão proclamado pela Primeira Seção (fls. 1.486/1.499), nestes termos (fls. 1.498/1.499):

“Mandado de segurança. Tributário. *Drawback*. Liminar denegada.

1. A concessão de liminar em mandado de segurança exige que o julgador esteja convencido da relevância do direito líquido e certo alegado e que a sua concessão possa, ao final, ser inócua.

2. O benefício fiscal denominado *Drawback*, por ser entidade de direito tributário, está, como os demais institutos desse ramo jurídico, vinculado diretamente ao princípio da legalidade.

3. Na hipótese em julgamento, não estão presentes os pressupostos para concessão da medida liminar requerida, tendo em vista que há necessidade de convicção, por parte do julgador, dos aspectos jurídicos a seguir expostos.

4. Há necessidade de ser examinado, com maior profundidade, para decisão sobre a existência de direito líquido e certo se:

a) incorreu, no caso, a decadência administrativa para anular o ato concessivo de *Drawback*;

b) se a impetrante está equiparada ‘à empresa industrializadora para fins de tributação; por haver realizado industrialização por encomenda, encaminhando matérias-primas para outros estabelecimentos industriais’;

c) estão corretas as afirmações da autoridade impetrada, no sentido de que ‘à análise da matéria descrita na exordial, a anulação do ato concessório de *Drawback*, em comento, teve como gênese os fatos relatados no Informe Técnico — Decex/Codec n. 2001/23, de 6 de abril de 2001 e



Informe Técnico — Decex/Codec n. 2201/240, de 4 de maio de 2001, ambos do Departamento de Operações de Comércio Exterior — Decex, quando da análise da concessão do benefício fiscal em favor da empresa Açominas, pois não localizaram, no âmbito do Departamento, os antecedentes do processo, necessitando reconstituí-lo por intermédio da Agência do Banco do Brasil S/A, de Belo Horizonte e da própria empresa interessada.

Por meio dos documentos apresentados, constatou-se que os documentos que autorizaram a emissão dos aditivos ao Ato Concessório, encaminhados à unidade do Banco do Brasil citada, foram falsificados no âmbito do Decex. Verificou-se, também, a existência de vícios outros que inviabilizariam a concessão do ato nos moldes originalmente pretendidos pela empresa Açominas.

d) agiu com acerto ou não a autoridade administrativa impetrada quando, ao manter, em grau de recurso, a anulação dos Atos Concessórios de *Drawback*, haver se pautado nos seguintes pontos (fl. 1.398):

‘pela previsão, na legislação vigente, da exigência de que o financiamento internacional abrangesse a totalidade do valor dos equipamentos e máquinas fabricados; previsão da exigência de que o *drawback* fosse concedido somente ao industrializador constante do art. 314, I, do antigo Regulamento Aduaneiro e do item 2.1.1, e 3.1 da Portaria n. 21/1997, não podendo a impetrante ser equiparada à empresa industrializadora por não ser comerciante, sendo esta a única hipótese a ser admitida a industrialização por encomenda.’

Além dos aspectos jurídicos acima apontados, há de se firmar convicção, ainda, sobre:

a) a harmonia das alegações da impetrante com a natureza jurídica do *drawback*;

b) se é possível conceder o benefício de *drawback* à própria empresa realizadora do processo licitatório sem que haja afronta ao Comunicado n. 21/1997, do Decex;

c) se houve descumprimento do objetivo do art. 5º da Lei n. 8.032, de 1990, por a impetrante ter destinado os produtos industrializados por encomenda ao seu ativo mobilizado;

d) se o ato atacado decorreu de nova interpretação por parte da Secex, a fazer incidir o art. 2º, parágrafo único, inciso III, da Lei n. 9784 de 1999.

5. Agravo regimental improvido.”

O Ministério Público Federal, mediante o Parecer de fls. 1.505/1.511, opina pela denegação da ordem, sob o argumento de que:

1. A Administração não havia decaído do direito de anular o ato concessivo do *drawback*, uma vez que o processo administrativo foi instaurado em 2001;
2. Estão demonstrados os vícios de legalidade que legitimaram a anulação do ato concessório de *drawback*;
3. Por tais razões, a segurança deve ser denegada.

Após, vieram conclusos os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Gerdau Açominas S/A, figurando como autoridade coatora o Ministro de Estado do Desenvolvimento Indústria e Comércio Exterior, por haver praticado ato que anulou a suspensão do pagamento de tributos na importação de componentes, partes e peças, adquiridos para a fabricação de máquinas e equipamentos no território brasileiro, sob o regime de *drawback*, que havia sido regularmente autorizado por três diferente atos administrativos (Ato Concessório de *Drawback* n. 1.616-98/000001-7, de 23.10.1998, e seus aditivos, n. 1.616-00/000063-9, de 1º.02.2000 e n. 1.616-00/000233-0, de 1º.08.2000).

Ao que se constata, a verificação de eventual existência de direito líquido e certo, alegado pela impetrante, cinge-se a duas argumentações centrais: a) a Administração não poderia ter anulado o Ato Concessório de *Drawback*, porquanto já havia incidido o lapso quinquenal de decadência, e b) o ato anulado estava inteiramente revestido de legalidade.

Contudo, tal como posto nos autos, e em que pese a complexidade da questão, estão evidenciados nos autos alguns aspectos de fundamental relevância para o deslinde da controvérsia, quais sejam:

1. não houve decadência do direito de a Administração anular os seus próprios atos, na medida em que, embora o Ato Concessivo do *Drawback* tenha sido editado em 1998, os Termos Aditivos a ele vinculados o foram em 1º.03.2000 e 1º.08.2000, sendo que a anulação efetivada pelo Poder Público se operou em 16.06.2005, em razão de Processo Administrativo (52100.008010/2001-58) instaurado em 2001;
2. as razões e referências documentais apresentadas pela autoridade impetrada possuem o efeito de demonstrar que a conduta administrativa anulatória



do sistema de *drawback*, antes concedido à impetrante, objetivou, tão-só, a legítima proteção do interesse e da finalidade públicas, fiscalizando e regulando a concessão de favor fiscal disponibilizado pelo Estado. Nesse sentido, das informações encaminhadas pela autoridade impetrada, vale referir:

Quanto à apontada decadência:

“40. Segundo a impetrante, o Ato Concessório de *Drawback* n. 1.616-98/000001-7, editado em 23.10.1998, foi anulado (juntamente com os aditivos) pela Decisão Administrativa n. 7/Decex-2005, de 07.01.2005, proferida, portanto, há mais de 6 anos, depois de os atos terem sido editados. A decisão questionada no presente mandado de segurança, de acordo com a autora, foi a decisão final proferida no processo administrativo (recurso administrativo em 3ª Instância), a qual manteve a anulação dos Atos Concessórios, foi proferida em 16.06.2005, motivo pelo qual ‘é evidente a decadência do direito da administração de anular os atos concessórios’.

41. Deve-se fazer uma primeira retificação à argumentação da impetrante. Apenas o ato concessório inicial de *Drawback* foi editado em 23.10.1998. *Os Aditivos ns. 1616-00/000063-9 e 1616-00/000233-0, foram emitidos em 1ª.03.2000 e 1ª.08.2000, respectivamente.*

42. A empresa se pautou em sua linha de raciocínio, principalmente, em jurisprudência isolada do egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao afirmar que a Administração dispõe de 5 (cinco) anos para iniciar a anulação do ato, ou seja, a Administração deve concluir pela anulação neste lapso temporal.

43. Com a devida vênia, não assiste razão à impetrante. Da leitura do art. 54, *caput*, não pairam dúvidas de que a Administração tem um prazo determinado para exercer um direito, na hipótese, o poder-dever de anular um ato viciado e caso não exerça esse direito, será obstaculizada pelo instituto da decadência, já que se trata da extinção de um direito pelo seu não exercício em prazo determinado. Todavia, o art. 54, § 2º define o que se deve entender por ‘*exercício do direito de anular*’ considerado como ‘*qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato*’ (grifei).” (Fl. 1.414)

“47. Via de conseqüência, a razão da inserção do § 2º do art. 54 no texto da Lei do Processo Administrativo foi adequar o poder/dever de anular à realidade processual atual, uma vez que a anulação de um ato administrativo, notadamente quando decorrem efeitos favoráveis aos

destinatários, demanda tempo, face às garantias do administrado impostas pelo ordenamento jurídico, não sendo a anulação um ato sumário, célere, sem que necessite de qualquer demanda probatória.

48. Neste contexto, a palavra ‘impugnação’, que consta do preceptivo legal, vem do latim *impugnatio*, de *impugnare*, que ‘na prática forense quer exprimir todo ato de repulsa, de contestação, de contradita, praticado contra atos do adversário ou parte contrária, pelos quais se procura anular ou desfazer as suas alegações ou pretensões, ou impedir que promova ato processual, demonstrado ou julgado injusto’. Na linguagem vernacular geral ‘impugnação’ significa ‘1. Ato ou efeito de impugnar; contestação. 2. Conjunto de argumentos com que se impugna.’ Ora, não se pode olvidar que, diante da complexidade da gestão da coisa pública, há possibilidade dos atos administrativos viciados serem descobertos após longo tempo de sua edição, resultando em exíguo tempo para instauração de processo administrativo e posterior anulação.

49. Com efeito, a norma objetivou solucionar a possível ocorrência de problemas práticos, a exemplo de um ato administrativo, cujo vício foi constatado há 30 dias do transcurso do prazo de cinco anos previsto em lei, considerando-o, obviamente, como um prazo decadencial. Não haveria tempo hábil para anulação do ato administrativo, uma vez que com a instauração do processo, haver-se-iam de se assegurar ao administrado o contraditório e a ampla defesa, na forma do procedimento estabelecido, havendo também a necessidade de aguardar a fase instrutória, sem considerar o prazo para decisão da autoridade administrativa, que é de até 30 dias, prorrogáveis por mais 30 dias, a teor do disposto no art. 49, da Lei n. 9.784, de 1999. Destarte, se fosse prevalecer a interpretação da recorrente, na realidade, a Administração não disporia do prazo de cinco anos para anular o ato, pois, muitas vezes, cientificados do seu vício, não haveria interesse de instaurar o processo administrativo, já que sua duração, tranqüilamente, ultrapassaria o prazo estabelecido em lei.

50. Assim, tendo em vista a necessidade de prevalecer o bom senso na interpretação da norma, a idéia de justiça, no sentido de que é razoável entender que, com a própria instauração do processo administrativo visando à anulação do ato se considera como exercido o direito de anular, não havendo a necessidade de que se perfaça a anulação do ato propriamente dito no prazo de cinco anos, conforme se depreende da interpretação do dispositivo.” (Fls. 1.416/1.417)

Quanto à legalidade do ato:



“78. A partir destas noções conceituais, é possível analisar as argumentações de fato e de direito da impetrante. Percebe-se que a linha de raciocínio concernente à defesa da legalidade do ato concessório comento, tem por base exclusivamente o art. 5º da Lei n. 8.032/1990. A empresa alega que cumpriu todas as condições impostas pela norma, a saber: a) que os bens importados sejam matérias-primas, produtos intermediários e componentes destinados à fabricação, no País, de equipamentos a serem fornecidos no mercado interno; b) que a aquisição dos bens seja feita mediante licitação internacional; c) que a operação seja feita contra pagamento em moeda conversível proveniente de financiamento concedido por instituição financeira internacional, da qual o Brasil participe, ou por entidade governamental estrangeira, ou ainda, pelo BNDES, com recursos captados no exterior.

79. No entanto, ao contrário do afirmado pela impetrante, o aludido preceptivo legal foi devidamente regulamentado por normas infralegais, notadamente o Comunicado n. 21, de 11 de julho de 1997, que na época estabelecia os procedimentos para a concessão do Regime Aduaneiro Especial de *Drawback*, em cujo anexo VII tecia todos os requisitos para concessão do *Drawback* para fornecimento no mercado interno, como já acima exposto.

80. Tal regulamentação é plenamente válida, uma vez que o antigo Regulamento Aduaneiro — Decreto n. 91.030 — de 5 de março de 1985, em seu art. 331, vigente à época da emissão do ato concessório, bem como o art. 344, do Decreto n. 4.543, de 26 de dezembro de 2002 — Regulamento Aduaneiro vigente, autorizam os órgãos administrativos a editar normas complementares para a concessão do benefício, sem prejuízo, inclusive, do poder conferido ao Secretário de Comércio Exterior de editar normas regulamentares, com fulcro, quando da edição do Comunicado n. 21/1997, no art. 17, inciso II do Anexo I, do Decreto n. 1.757, de 22 de dezembro de 1995.

81. Com a devida vênia à tese jurídica apresentada pela impetrante, ela não nos convence quanto à legalidade da operação que resultou na concessão do *drawback* à empresa. Ao interpretar uma norma, não deve fazê-la isoladamente, pois os preceitos legais estão integrados em um sistema unitário de regras e princípios, instituídos pelo legislador, este considerado em sentido *lato sensu*. Com efeito, o instituto pela qual se analisa deverá ser compreendido e interpretado levando em consideração todo o conjunto normativo pertinente. Deste modo, em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, sob pena de frustrar o seu objetivo.

82. Nesta linha de raciocínio, o *Drawback* para fornecimento para o mercado interno apenas alterou a destinação do produto industrializado, que é a empresa promotora da licitação, adquirente das máquinas e equipamentos, mas em nenhuma hipótese operou mudanças na legitimidade de quem é beneficiário do incentivo fiscal, a qual sempre será a empresa que realiza a operação de industrialização, a exemplo de todas as submodalidades de *drawback*, como se depreende apenas da leitura do art. 314, inciso I do antigo Regulamento Aduaneiro, e do item 2.1, I e 3.1 da Portaria n. 21/1997:

‘Art. 314. Poderá ser concedido pela Comissão de Política Aduaneira, nos termos e condições estabelecidas no presente Capítulo, o benefício do *drawback* nas seguintes modalidades (Decreto-Lei n. 37/1966, art. 78, I a III):

I - suspensão do pagamento de tributos exigíveis na importação de mercadoria a ser exportada *após o beneficiamento ou destinada à fabricação, complementação ou acondicionamento de outra a ser exportada;*’

‘2.1 O Regime de *Drawback* compreende as seguintes modalidades:

1. Suspensão dos tributos incidentes na importação de mercadoria a ser utilizada em processo de industrialização de produto a ser exportado.’

‘3.1 O Regime de *Drawback* poderá ser concedido a operação que se caracterize como industrialização, nos termos da legislação pertinente, conforme anexo I desta CND.’ (Grifamos)

83. Por conseqüência, a Secretaria de Comércio Exterior ao regulamentar o art. 5. da Lei n. 8.032/1990, considerou os princípios e normas atinentes ao *Drawback*, e respeitando a intenção do legislador em beneficiar tão somente os licitantes interessados em participar das licitações internacionais, assegurando igualdade de condições com os concorrentes internacionais. Destarte, exigiu, consoante Anexo VII, do Informativo n. 21/1997, dentre outros documentos, cópia do edital de concorrência internacional, cópia da proposta de fornecimento e especialmente a declaração pela qual a empresa atesta que foi vencedora da licitação e que o regime de *drawback* foi considerado na formação do preço apresentado na proposta. Diante de tais requisitos, não pairam dúvidas de que o único beneficiado da submodalidade em apreço seria a empresa que participou da concorrência internacional, na medida em que seria a única a ter condições de cumprir os requisitos exigidos. Neste sentido assevera José Augusto de Castro:



‘Essa submodalidade, concedida apenas na modalidade Suspensão, estabelece que a empresa importadora detentora do *drawback* deve ser uma indústria de bens de capital, a qual apresenta carta a Secex/Decex sobre o projeto, mencionando o número do Ato Concessório de *Drawback* registrado eletronicamente no Siscomex, acompanhada dos seguintes documentos:

- cópia do edital ou da carta-convite para participar da concorrência internacional;
- cópia da proposta do fornecimento;
- catálogo técnicos e/ou especificações e detalhes do material a ser importado;
- declaração da empresa licitante certificando que a empresa beneficiária do *drawback* foi vencedora da licitação e que o regime de *drawback* foi considerado na formação do preço apresentado na proposta;
- correspondência da instituição financiadora externa ou interna aprovando a adjudicação;
- caso solicitado pela Secex/Decex, laudo técnico sobre o processamento industrial do produto a ser fornecido, informando a participação quantitativa e qualitativa da mercadoria importada.’

84. Há um grave equívoco ao conceder o ato concessório à própria empresa realizadora do processo licitatório, pois, além de afrontar toda a legislação pertinente, em especial o Comunicado n. 21/1997, por vício quanto à titularidade, resultaria em uma situação incompatível com o regime, consubstanciada na cumulação de posições de titular/beneficiária do ato concessório e de destinatária/adquirente dos bens a serem fornecidos internamente, inviabilizando, inclusive, a comprovação de seu cumprimento, operação esta incompatível com o regime.

85. No entanto, para se dar uma aparência de legalidade à operação inseriu-se uma terceira empresa com o fim de realizar o processo de industrialização da matéria-prima, produto intermediário e componentes importados sob o amparo do regime, por conta e ordem da beneficiária. Todavia, tal procedimento afronta a legislação pertinente, uma vez que a industrialização sob encomenda só é aplicável às empresas comerciais, que não é o caso da recorrente, como estatui o item 4.2 e 4.3 do aludido Comunicado n. 21/1997:

‘4.2 O Regime poderá ser concedido a empresas industriais ou empresas comerciais.

4.3 *No caso de empresa comercial, a mercadoria deverá ser industrializada sob encomenda em estabelecimento industrial, por conta e ordem da beneficiária do Regime, e posteriormente exportada.*’

86. Impende salientar que a finalidade de dispositivo é estender o benefício às empresas comerciais, já que não possuem condições físicas de realizar a industrialização propriamente dita, motivo pelo qual foi prescrita tal exceção. Entretanto, percebe-se que aquelas empresas (empresas comerciais) não são destinatárias finais dos produtos industrializados, pois são obrigadas a realizar a exportação, a teor, aliás, do Item 4.3.2 do mesmo Comunicado:

‘2. O Ato Concessório de *Drawback* será emitido em nome da empresa comercial, que, após realizar a importação, *enviará a respectiva mercadoria, por sua conta e ordem, a estabelecimento industrial para industrialização, devendo a exportação do produto ser realizada pela própria detentora do Ato Concessório de Drawback.*’ (Grifamos)

87. Se fizéssemos um paralelo com o caso em comento, para supostamente considerar válida a industrialização sob encomenda (não sendo possível por não se tratar de empresa comercial), a recorrente, ou seja a Gerdau Açominas, não poderia ser a destinatária final do produto industrializado, mas como titular do ato concessório deveria repassá-las à empresa promotora da licitação, esta sim a destinatária. Entretanto, não é o que se verifica, sendo ela mesma a beneficiária do produto, e tendo apenas terceirizado a industrialização, com fulcro no art. 119 do revogado Decreto n. 2.637, de 25.06.1998.

88. Com relação a esta norma, e o atual Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados, não se aplica diretamente às operações de *Drawback* uma vez que este incentivo fiscal é disciplinado por normatização própria, que, na época, eram, entre outros, o Decreto-Lei n. 37/1966, Decreto n. 91.030/1995 — Regulamento Aduaneiro e, notadamente, Comunicado/Secex n. 21/1997 que estabelecia todos os requisitos e procedimentos para a concessão do benefício, de modo exaustivo. Em razão do princípio da especialidade, eram estas normas pelas quais se disciplinavam o instituto, aplicando-se outras relativas a tributos federais apenas subsidiariamente, na omissão da legislação pertinente, que, como já visto, não se configura na hipótese.



89. Argumenta, por outro lado, que os produtos industrializados por encomenda foram destinados ao ativo imobilizado da impetrante, e, portanto, foram normalmente tributados pelos estabelecimentos industriais, inclusive no que se refere aos valores dos componentes, partes e peças fornecidas pela impetrante. É a admissão pura e simples do não cumprimento do objetivo do art. 5º da Lei n. 8.032, de 1990, no sentido de estimular as empresas nacionais a participar de licitações internacionais, competindo em igualdade de condições com empresas estrangeiras, usufruindo, portanto, do benefício empresa que não cumpria as condições exigidas, em benefício próprio, como já exaustivamente demonstrado, acarretando, isto sim, a dispensa indevida de tributos federais na importação de insumos pela recorrente, como o Imposto de Importação e outros tributos incidentes na operação, com grande prejuízo aos cofres públicos, cujo montante somente a Secretaria da Receita Federal poderá quantificar, pois a Secretaria de Comércio Exterior não dispõe de tais elementos.

90. Com relação à inexistência de previsão legal da necessidade de financiamento internacional sobre o valor da totalidade do fornecimento de máquinas e equipamentos, é indubitável que o art. 5º da Lei n. 8.032/1990 determina o financiamento sobre a totalidade, pois só poderia haver outra interpretação se a norma dispusesse de modo contrário, o que não aconteceu. Seria de certa forma desarrazoado outro entendimento, pois ensejaria uma discricionariedade do Administrador de fixar o *quantum* do financiamento para cada solicitante do benefício, o que vai de encontro ao espírito da lei. Se o dispositivo estatui a obrigatoriedade de financiamento proveniente de recursos estrangeiros, é de uma clareza meridiana que se refere à totalidade do fornecimento.” (Fls. 1.428/1.433)

Quanto à interpretação aplicada pela Administração aos requisitos para a concessão do drawback:

“Impende salientar que o Comunicado n. 21/1997, editado anteriormente à edição do ato concessório da empresa, regulamentou todos os requisitos atinentes à concessão do *drawback* para fornecimento do mercado interno, sendo demasiadamente claro que somente as empresas licitantes, participantes de concorrência internacional, poderiam usufruir do benefício. Esta conclusão se depreende apenas da leitura dos dispositivos que listam os documentos necessários para instrução do processo, não sendo necessário qualquer esforço interpretativo. Assim, pode-se afirmar que a Portaria que disciplinou a concessão do benefício previsto no art. 5º da Lei n. 8.038, de 1990, já fixou de antemão a sua correta interpretação.

94. Por outro lado, se verifica da leitura dos autos do processo, que o Departamento de Operações de Comércio Exterior nunca se coadunou com o entendimento da empresa sobre o tema. A título de exemplificação, faz-se menção ao Informe Técnico Decex/Gemeq-2000/902 (fls. 7/14), de 08.09.2000, e notadamente o Informe Técnico Decex/Codec — 2001/240 (fls. 635/647) que já se manifestara pela ilegalidade do procedimento, cuja conclusão assevera que o ‘ato concessório de *drawback* para fornecimento ao mercado interno, de interesse da Açominas, não encontra amparo na legislação vigente e, portanto, não poderia ter sido aprovado.’ Deste modo, desde meados de 2000 o Decex já se posicionara, expressamente, contra a concessão desta submodalidade de *drawback* nos moldes efetivados haja vista a sua flagrante ilegalidade.

95. Pela realidade dos fatos se deduz que, quando da concessão do *drawback* em favor da empresa Açominas, a autoridade administrativa ‘esqueceu’ o Comunicado n. 21/1997, ato regulamentar manejado na época regularmente no âmbito do Departamento, pautando-se exclusivamente no art. 5º, da Lei n. 8.032/1990, fazendo-se uma interpretação desarrazoada da norma e contra *legem*, em circunstâncias até momento não esclarecidas, na medida em que o processo que originou o ato concessório desapareceu nos escaninhos do Departamento, a exemplo de outros processos de *Drawback*, com suspeitas, inclusive, de falsificação de documentos, fatos estes devidamente retratados nos Informes Técnicos acima citados, juntados a estas informações.

96. Face ao exposto, como já demonstrado à exaustão, o ato que originou a concessão do *Drawback* em favor da empresa impetrante está eivado de nulidade, haja vista que contrariou as disposições do art. 5º da Lei n. 8.032, de 1990, e o Anexo VII da Portaria n. 21, de 1997, com desvio de finalidade, ao favorecer empresa que em nenhum momento participou de licitação internacional para fornecimento de bens e serviços, mas que foi a própria destinatária dos respectivos bens e, ao mesmo tempo, beneficiária do incentivo fiscal. Não se trata de interpretação retroativa, mas restauração do ordenamento administrativo violado, fazendo preponderar o princípio da legalidade.” (Fl. 1.434/1.435)

Note-se, o Parecer ofertado pelo Ministério Público Federal chegou à conclusão semelhante (fls. 1.508/1.511):

“Não assiste razão à Impetrante.

Entendo que a decisão que indeferiu o recurso administrativo está devidamente fundamentada nas disposições legais e regulamentadoras do



procedimento para concessão do Regime Aduaneiro Especial de *Drawback*, em especial o art. 5º, da Lei n. 8.032/1990, e o Anexo VII, do Comunicado Decex n. 21, de 11 de julho de 1997, anterior à edição do ato concessório, que estabelece como beneficiário do incentivo fiscal à empresa que realiza a operação de industrialização, vencedora da licitação internacional, condição não preenchida pela Impetrante, a própria empresa que realizou o processo licitatório.

Oportuna a transcrição de trecho do Parecer/MDICCONJUR/MLD/ n. 349-07.03.2005, fls. 35/36:

‘Há um equívoco grave ao conceder o ato concessório à própria empresa realizadora do processo licitatório, pois além de afrontar toda a legislação pertinente, em especial o Comunicado n. 21/1997, por vício quanto à titularidade, resultaria em uma situação incompatível com o regime, consubstanciada na cumulação de posições de titular/beneficiária do ato concessório e de destinatária/adquirente dos bens a serem fornecidos internamente, inviabilizando, inclusive, a comprovação de seu cumprimento, operação esta incompatível com o regime.

No entanto, para se dar um ‘verniz’ de legalidade à operação inseriu-se uma terceira empresa com o fim de realizar o processo de industrialização da matéria-prima, produto intermediário e componentes importados sob o amparo do regime, por conta e ordem da beneficiária. Todavia, tal procedimento afronta a legislação pertinente, uma vez que a industrialização sob encomenda só é aplicável às empresas comerciais, que não é o caso da recorrente, como estatui o item 4.2 e 4.3 do aludido Comunicado n. 21/1997.’

Ainda nas razões do citado parecer, observou-se que a operação realizada pela Impetrante não atendeu ao princípio da finalidade, porque não alcançou o objetivo do art. 5º, da Lei n. 8.032/1990, ‘no sentido de estimular as empresas nacionais a participarem de licitações internacionais, competindo em igualdade de condições com empresas estrangeiras, usufruindo, portanto, do benefício empresa que não cumpria as condições exigidas’, fl. 37, bem como deixou de cumprir a exigência prevista naquele dispositivo legal, em relação ao financiamento internacional sobre a totalidade da operação.

Finalmente, os Informe Técnicos Decex/Codex n. 2001/23 e 2001/240, de 06.04.2001 e 04.05.2001, fl. 1.438/1.456, registram a inexistência de estudo técnico, ilegitimidade de documentação que autoriza a emissão de

aditivo para elevação do valor da importação, além de outros vícios de legalidade, bem como de insuficiência do financiamento internacional para amparar a parcela nacional do fornecimento, e de vício de titularidade para o benefício, tendo em vista que a empresa não foi vencedora em procedimento licitatório internacional, mas sua própria realizadora, o que levou à conclusão de que ‘o pedido de ato concessório de *drawback* para fornecimento ao mercado interno, de interesse da Açominas, não encontra amparo na legislação vigente e, portanto, não poderia ter sido aprovado’, fl. 1.456.

Improcedente, ainda, a alegação de decadência do direito da Administração de anular o ato concessório de *drawback*, tendo em vista que o referido ato foi editado em 23.10.1998, seus aditivos, em 1º.03.2000 e 1º.08.2000, e sua anulação ocorreu, em 16.06.2005, no curso do Processo Administrativo n. 52100.008010/2001-58, instaurado em 2001, para apuração de irregularidades na concessão do referido benefício.

Diante do exposto, opino pela denegação da ordem.”

Inarredável, nesse contexto, a exegese de que não ocorreu a apontada decadência do direito reservado à Administração de efetuar, diretamente, o controle da legalidade de seus próprios atos.

De semelhante forma, também inafastável o juízo de que diversas ilegalidades, tais como o fato de a empresa promotora da licitação ser também beneficiária do *drawback*, ou, ainda, a ausência de financiamento internacional sobre a totalidade do fornecimento de máquinas e equipamentos, tal como exigido pela art. 5º da Lei n. 8.032/1990 que, realmente, assim dispõe:

“Art. 5º O regime aduaneiro especial de que trata o inciso II do art. 78 do Decreto-Lei n. 37, de 18 de novembro de 1966, poderá ser aplicado à importação de matérias-primas, produtos intermediários e componentes destinados à fabricação, no País, de máquinas e equipamentos a serem fornecidos no mercado interno, em decorrência de licitação internacional, contra pagamento em moeda conversível proveniente de financiamento concedido por instituição financeira internacional, da qual o Brasil participe, ou por entidade governamental estrangeira ou, ainda, pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social — BNDES, com recursos captados no exterior”. (Redação dada pela Lei n. 10.184, de 2001)

É certo, de tal maneira, que o direito postulado pela impetrante não se veste de certeza e liquidez. Ao contrário, o conjunto dos elementos de convicção trazidos a juízo pelo presente *mandamus* indicam sentido diverso, apontado pela razoabilidade e consistência fática e legal dos argumentos articulados na defesa



promovida pela Consultoria Jurídica do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.

Anote-se, a via processual restrita do mandado de segurança exige a pré-constituição da prova, compatível com o rito célere, direto e extremamente objetivo, o que, na espécie, manifestamente, não foi atendido.

Pelo exposto, denego a segurança.

É o voto.
