



Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
Coordenação-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional – CRJ
Coordenação de Consultoria Judicial – COJUD

PARECER PGFN/CRJ/Nº 792 12017

Mandado de Segurança impetrado contra o Sr. Secretário da Receita Federal do Brasil. Ilegitimidade passiva. Impossibilidade de impetração de Mandado de Segurança para discutir lei em tese. Litispendência. Decadência. Ausência de requisito negativo para a adesão ao Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária – RERCT.
Denegação da Segurança.

I

CLÁUDIA CORDEIRO CRUZ, já devidamente qualificada nos autos da exordial, impetra o Mandado de Segurança nº 1002526-44.2017.4.01.3400, que tramita perante o Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, apontando, como autoridade coatora, o **SR. SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL**, dentre outras.

2. Aduz a impetrante, em breve síntese, que:

a) mantém relação de união estável com o Sr. Eduardo Cosentio da Cunha, detentor de mandato eletivo de Deputado Federal pelo Estado do Rio de Janeiro no período de 1º de fevereiro de 2003 a 13 de setembro de 2016;

b) pretende aderir ao Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária – RERCT, mas se vê impedida de assim proceder em razão da previsão constante do art. 11 da Lei nº 13.254, de 13 de janeiro de 2016, do art. 4º, §4º, da IN RFB nº 1627, de 11 de março de 2016 e do art. 4º, §4º, da IN RFB nº 1704, de 31 de março de 2017;



Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
Coordenação-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional – CRJ
Coordenação de Consultoria Judicial – COJUD

c) para o preenchimento e transmissão da Declaração de Regularização Cambial e Tributária – DERCAT faz-se necessária a afirmação de que *“em 14 de janeiro de 2016, não era detentora de cargos, empregos ou funções públicas de direção ou eletiva e que não possuía cônjuge ou parente consanguíneo ou afins até o segundo grau ou por adoção nessas condições”*; e

d) a exigência em referência viola o direito constitucional de petição aos órgãos públicos e os princípios da igualdade, da isonomia tributária, da razoabilidade e da autonomia da vontade em relação à propriedade.

3. Com base nas alegações mencionadas, requer que lhe seja assegurado o direito de *“preencher, gerar e transmitir sua Declaração de Regularização Cambial e Tributária (‘DECART’), exigida para viabilizar a apresentação e a análise do seu pedido de adesão ao Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (‘RERCT’) reaberto pela Lei 13.428/2017, proibindo aos Impetrados que a exclua (Impetrante) do programa em razão do disposto no artigo 11 da Lei 13.254/2016”*.

4. O Sr. Secretário da Receita Federal do Brasil foi notificado para prestar informações no prazo de 10 (dez) dias.

5. Eis o resumo da demanda ajuizada. Passamos a examiná-la.

II

PRELIMINARMENTE

Ilegitimidade Passiva

6. Autoridade coatora, para efeito de aferição da legitimidade no mandado de segurança, é sempre aquela a quem pode ser atribuído o ato concreto que viola, em tese, o direito do impetrante. Ou seja, é quem determina ou pode determinar a suposta violação do direito.



7. Nesse diapasão, revela-se oportuno trazer à colação o magistério, sempre firme e preciso, do jurista HELY LOPES MEIRELLES¹, a respeito do que se entende por autoridade coatora, *verbis*:

(...)

Incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. A impetração deverá ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo judiciário. (...) Se as providências pedidas no mandado não são da alçada do impetrado, o impetrante é carecedor de segurança contra aquela autoridade, por falta de legitimação passiva para responder pelo ato impugnado. A mesma carência ocorre quando o ato impugnado não foi praticado pelo apontado coator.

8. No presente caso, infere-se, desde logo, que o Sr. Secretário da Receita Federal do Brasil, autoridade assinalada como coatora, não é a autoridade responsável pela prática do ato apontado nem para efetivar qualquer providência relativa ao preenchimento e transmissão da DERCAT e inclusão de contribuinte no RERCT, tal como pretende a impetrante.

9. **O Secretário da Receita Federal do Brasil tem competência para editar atos normativos em tese, mas não participa da decisão no caso concreto sobre a adesão ou não adesão do contribuinte ao RERCT. Esta alta autoridade, como é sabido, não lança créditos tributários, não lavra autos de infração e não instaura processos administrativos fiscais, atos estes de competência da Delegacia da Receita Federal do Brasil do domicílio fiscal da impetrante, consoante se verifica da leitura do Regimento Interno da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012:**

Portaria MF nº 203, de 2012:

(...)

Art. 224. Às Delegacias da Receita Federal do Brasil - DRF, à Delegacia Especial da Receita Federal do Brasil de Pessoas Físicas - Derpf, às Alfândegas da Receita Federal do Brasil - ALF e às Inspetorias da Receita Federal do Brasil - IRF de Classes "Especial A", "Especial B" e "Especial C", quanto aos tributos administrados pela RFB, inclusive os destinados a outras entidades e fundos, compete, no âmbito da respectiva jurisdição, no que couber, desenvolver as atividades de arrecadação, controle e recuperação do crédito tributário, de análise dos dados de arrecadação e acompanhamento dos maiores contribuintes, de atendimento e interação com o cidadão, de comunicação social, de fiscalização, de controle aduaneiro, de tecnologia e segurança da informação, de programação e

¹ Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data". 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 1989, p. 55/56.



logística, de gestão de pessoas, de planejamento, avaliação, organização, modernização, e, especificamente:

(...)

IX - desenvolver as atividades relativas à cobrança, recolhimento de créditos tributários e direitos comerciais, parcelamento de débitos, retificação e correção de documentos de arrecadação;

X - executar as atividades relacionadas à restituição, compensação, reembolso, ressarcimento, redução e reconhecimento de imunidade e isenção tributária, inclusive as relativas a outras entidades e fundos;

XI - controlar os valores relativos à constituição, suspensão, extinção e exclusão de créditos tributários;

(...)

Art. 302. Aos Delegados da Receita Federal do Brasil e Inspetores-Chefes da Receita Federal do Brasil incumbem, no âmbito da respectiva jurisdição, as atividades relacionadas com a gerência e a modernização da administração tributária e aduaneira e, especificamente:

I - decidir sobre a revisão de ofício, a pedido do contribuinte ou no interesse da administração, inclusive quanto aos créditos tributários lançados, inscritos ou não em Dívida Ativa da União;

II - decidir sobre a inclusão e exclusão de contribuintes em regimes de tributação diferenciados;

III - decidir quanto à suspensão, inaptdão e regularização de contribuintes nos cadastros da RFB;

IV - aplicar pena de perdimento de mercadorias e valores;

V - autorizar ou determinar a execução de perícia e de procedimentos fiscais mediante a expedição de Mandado de Procedimento Fiscal, inclusive para reexame ou abertura de novos procedimentos fiscais em períodos anteriormente auditados;

VI - decidir sobre a concessão de regimes aduaneiros especiais e pedidos de parcelamento, sobre restituição, compensação, ressarcimento, reembolso, suspensão e redução de tributos;

VII - decidir sobre o reconhecimento e suspensão de imunidades e de isenções;

VIII - decidir quanto à aplicação de multa à transportador de passageiros ou de carga em viagem doméstica ou internacional que transportar mercadoria sujeita a pena de perdimento;

IX - expedir súmulas e publicar atos declaratórios relativos à inidoneidade de documentos ou à situação cadastral e fiscal de pessoas físicas e jurídicas;

X - declarar inidôneo para assinar peças ou documentos, contábeis ou não, sujeitos à apreciação da RFB, o profissional que incorrer em fraude de escrituração ou falsidade de documentos;

XI - decidir sobre pedidos de cancelamento ou reativação de declarações;

XII - decidir sobre a expedição de certidões relativas à situação fiscal e cadastral do contribuinte; e

XIII - negar o seguimento de impugnação, manifestação de inconformidade e recurso voluntário, quando não atendidos os requisitos legais.

10. Como se percebe, as atividades de arrecadação, controle e recuperação do crédito tributário, tais como lançamentos de ofício, atividades relativas à cobrança e recolhimento, bem como concessão, restituição e compensação de créditos são atribuições das



Delegacias da Receita Federal do Brasil, cabendo ao Sr. Secretário da Receita Federal do Brasil a gestão política do órgão e a expedição de atos normativos para a orientação dos servidores respectivos e dos contribuintes.

11. **Nesse particular, aponta-se que as Instruções Normativas RFB nº 1627/2016 e nº 1704/2017 nada mais fizeram do que conferir a justa e estrita regulamentação das leis que lhe dão suporte, sem ultrapassar os limites do poder normativo de que dispõe o Sr. Secretário da Receita Federal do Brasil. Especialmente quanto à limitação descrita no art. 11 da Lei nº 13.254, de 2016, os citados normativos apenas reproduziram o conteúdo da Lei, expressando, estritamente, a vontade do legislador ordinário.**

12. Quanto ao obstáculo à emissão da DERCAT a que se refere a impetrante, apenas materializa o princípio da legalidade, não sendo razoável que o sistema de preenchimento da DERCAT permitisse o envio de declaração por pessoa que, por critério objetivo e expresso no art. 11 da Lei nº 13.254, de 2016, sabidamente não se enquadra dentre as pessoas autorizadas para o ato.

13. As instruções normativas e o sistema de emissão da DERCAT **apenas manifestam impedimento descrito em lei**, não sendo possível atribuir ao Sr. Secretário da Receita Federal do Brasil prática de ato ilegal ou abusivo.

14. Portanto, tem-se como manifesta a ilegitimidade do Sr. Secretário da Receita Federal do Brasil para figurar na qualidade de autoridade coatora no mandado de segurança em exame, devendo o feito ser extinto sem resolução de mérito, com fundamento no art. 485, inciso VI, do novo Código de Processo Civil.

Impossibilidade de Impetração de Mandado de Segurança contra lei em tese

15. O mandado de segurança se presta à proteção de direito líquido e certo, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la, por parte de autoridade, qualquer que seja a sua categoria ou função exercida. Verifica-se



Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
Coordenação-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional – CRJ
Coordenação de Consultoria Judicial – COJUD

que a garantia do mandado de segurança presta-se não só para os casos em que há lesão a direito, mas também para aqueles em que há iminente ameaça de lesão.

16. No entanto, para o manejo de mandado de segurança, nos moldes do artigo 1º da Lei 12.016, de 2009, é necessária a ocorrência **de situação concreta e objetiva a indicar iminente lesão a direito líquido e certo.** *In verbis:*

Lei nº 12.016, de 2009:

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

17. Nas palavras do ilustre Celso Ribeiro Bastos, o justo receio “há de decorrer de indícios objetivos da existência de lesão iminente, na configuração de indícios que tornem certa ou, bastante provável, a pendência prática do ato impugnado. Se abandonarmos tal requisito estaremos admitindo a possibilidade de utilização do mandado de segurança contra lei em tese. Editada esta, todo aquele que se considerasse ameaçado da sua futura aplicação poderia comparecer a juízo. Ora, tal permissividade acabaria por excluir um dos pressupostos básicos do comparecimento a juízo, qual seja, o da demonstração do legítimo interesse e, este há de decorrer, repita-se, de um direito lesado ou ameaçado”.²

18. Esclareça-se que o mandado de segurança objetiva evitar a consumação de lesões a direitos, pressupondo, pois, a existência de direito subjetivo, ou seja, a concreção da norma, completa ou em vias de completar-se. **No presente caso, não há direito subjetivo passível de ser violado na situação em tela. O que se constata é a existência de uma impetração contra lei em tese.**

19. O Colendo Supremo Tribunal Federal já sumulou não ser admissível o Mandado de Segurança contra a lei em tese (STF, Súmula nº 266). A doutrina, por sua vez, leciona no mesmo sentido. Ao comentar a aludida Súmula nº 266, aduz ROBERTO ROSAS³:

² Do Mandado de Segurança. Saraiva: São Paulo, 1978, p.44/45.

³ Direito Sumular – Comentários às Súmulas do STF, 2ª ed., São Paulo, 1981, p. 115.



Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
Coordenação-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional – CRJ
Coordenação de Consultoria Judicial – COJUD

266. Não cabe mandado de segurança contra lei em tese. A Constituição dá o mandado de segurança para proteger direito líquido e certo ameaçado por ilegalidade ou abuso de poder da autoridade. Portanto, o ato negativo ou comissivo constituir-se-á em oportunidade para a impetração. Se a lei é constitucional, necessário se faz aguardar o ato da autoridade eivado de ilegalidade ou abuso de poder. Se é inconstitucional, o caminho é a representação e não o mandado de segurança. (RTJ 41/334; 43/359; 46/1; 47/654; 54/71; e 62/774).

20. Corrobora esse entendimento a ementa do acórdão do Colendo Superior Tribunal de Justiça, cuja transcrição julgamos oportuna, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PORTARIA 1.109/2007 DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. LEI EM TESE. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 266/STF.

1. Não cabe Mandado de Segurança contra a Portaria 1.109/2007 do Ministério da Educação, dirigida genérica e abstratamente a todos os candidatos a bolsas do PROUNI, ao fixar a forma de cálculo da renda bruta familiar.

2. Como já estabelecido por esta Corte, a legitimidade para figurar no pólo passivo do mandamus é da autoridade que detém atribuição para adoção das providências tendentes a executar o ato combatido pela segurança, e não daquele responsável pela edição da norma geral e abstrata. Aplicação, por analogia, da Súmula 266/STF. Precedentes do STJ.

3. Mandado de Segurança extinto, sem apreciação do pedido de mérito. É facultada ao Impetrante a discussão da matéria nas vias ordinárias. (MS 13280/DF, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 19/12/2008) (grifou-se)

21. O mandado de segurança não deve ser dirigido contra a norma, mas sim, contra a aplicação desta por meio de atos concretos e específicos da autoridade competente para tal ou, ainda, contra ameaça real de execução ou aplicação de sanção por descumprimento de suas normas, tão somente quando aqueles atos se identificarem com ilegalidade ou abuso de poder, violadores de direito líquido e certo da impetrante.

22. Impossível a ilegalidade ou o abuso de poder se a autoridade age estritamente *ex legibus* e a norma que lhe vincula é vigente e validamente aprovada pela autoridade competente. Se a autoridade fiscal atua com base na referida norma, sequer se configura ilegalidade ou abuso de poder, mas sim a estrita observância do imperativo legal.



23. Toda a argumentação da impetrante pauta-se na inconstitucionalidade do art. 11 da Lei nº 13.254, de 2016. Na ausência de ato concreto impugnado, mas sim insurgência contra texto de lei, não se admite a utilização da via estreita do mandado de segurança.

24. Reitera-se que as Instruções Normativas RFB nº 1627/2016 e nº 1704/2017 nada mais fizeram do que conferir a justa e estrita regulamentação das leis que lhe dão suporte, sem ultrapassar os limites do poder normativo de que dispõe o Sr. Secretário da Receita Federal do Brasil. Nesse sentido, o obstáculo à emissão da DERCAT materializa o princípio da legalidade.

25. Não seria razoável que o sistema de preenchimento da DERCAT permitisse o envio de declaração por pessoa que, por critérios objetivos e expressos no art. 11 da Lei nº 13.254, de 2016, sabidamente não se enquadra dentre as pessoas autorizadas para o ato.

26. Demonstrada a inadequação do tipo de procedimento escolhido pela impetrante para impugnar o preceito normativo em comento, impõe-se o indeferimento da petição inicial, e, também, por mais esta razão, a extinção do processo sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, inciso I e VI, do novo Código de Processo Civil.

Litispêndência

27. A causa ventilada no presente *mandamus* encontra-se sob análise nos autos da ação ordinária Processo nº 63965-10.2016.4.01.3400, em trâmite na 5ª Vara Federal da seção judiciária do Distrito Federal, verificando-se a ocorrência de litispêndência.

28. No ponto, vale ressaltar que a doutrina e a jurisprudência não se limitam à constatação da identidade dos três elementos da ação (partes, pedido e causa de pedir), como impedimento à propositura de nova demanda, preferindo a análise da relação jurídica material quando a teoria da tríplice identidade se revela insuficiente:

(...) Sob esse prisma, importa que a relação de direito material seja a mesma. Trata-se da teoria da identidade da relação jurídica material. Na doutrina brasileira, cf., amplamente, José Rogério Cruz e Tucci (A causa petendi..., 2. ed., cit., n. 3.2, p. 78 ss.), que afirma ser possível valer-se da teoria da identidade da relação jurídica material quando a teoria da tríplice



identidade for insuficiente (ob. cit., p. 213; no mesmo sentido, Ana Clara Viola Ladeira, Identificação da conexão..., RePro 238/65)⁴.

29. Nos julgados que seguem, reconheceu-se a litispendência entre ações que tinham por objeto a mesma identidade jurídica, embora a denominação do pedido, da causa de pedir ou das partes processuais fossem distintas:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ISS. ARTIGO 9º, §3º, DO DECRETO-LEI 406/68. MANDADO DE SEGURANÇA. IDENTIDADE DE AÇÕES. CARACTERIZAÇÃO DE LITISPENDÊNCIA.

1. A agravante não trouxe novos fundamentos para impugnar a decisão agravada, devendo esta ser ratificada pelos seus próprios fundamentos.

2. Verifica-se na espécie que o contribuinte ajuizou a presente ação com o mesmo fundamento do Mandado de Segurança nº 850/95, objetivando afastar a exigência de recolhimento do ISS pelo regime de pagamento de imposto por homologação, mantendo o regime de ofício, o que estabelece, entre as duas ações, a identidade da causa de pedir, do pedido e do efeito jurídico, caracterizando a litispendência prevista no Estatuto Processual Civil.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 861.093/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 16/04/2010)

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXCEPCIONAL POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE LITISPENDÊNCIA ENTRE MANDADO DE SEGURANÇA E AÇÃO DECLARATÓRIA. PRECEDENTES. DECLARATÓRIA ANTERIORMENTE AJUIZADA, COM SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA TRANSITADA EM JULGADO, NA QUAL FOI SE DEFERIU O PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA.

IDENTIDADE DE CAUSA DE PEDIR E PEDIDO. EFEITO JURÍDICO PRETENDIDO CONSUBSTANCIADO NA DESCONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO POR NÃO CONFIGURADA HIPÓTESE DE SUA INCIDÊNCIA. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

1. É excepcionalmente possível a ocorrência de litispendência entre mandado de segurança e ação ordinária, entendendo-se que tal fenômeno se caracteriza, quando há identidade jurídica, ou seja, quando as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas; no pedido mandamental, a autoridade administrativa, e na ação ordinária a própria entidade de Direito Público. Precedentes.

2. A procedência do pedido da Ação Declaratória, consubstanciada na declaração de inexistência de relação jurídica para fins de cobrança do IR, cuja decisão transitou em julgado, acarretou a desconstituição do referido

⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016, p. 602/603.



Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
Coordenação-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional – CRJ
Coordenação de Consultoria Judicial – COJUD

crédito tributário, a mesma providência requerida no presente mandamus, ajuizado pela mesma parte, com base na mesma causa de pedir.

3. Embargos de Divergência conhecidos e desprovidos.
(EREsp 265.578/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2011, DJe 14/02/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CARTÓRIO DE REGISTRO CIVIL, TÍTULOS E DOCUMENTOS. EFETIVAÇÃO DE SUBSTITUTO LEGAL SEM CONCURSO. LITISPENDÊNCIA. SÚMULA 7/STJ. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS SOBRE O MÉRITO. IRRELEVÂNCIA.

1. Trata-se, na origem, de Ação de obrigação de fazer com pedido para que se determine o direito do ora agravante, substituto legal, à efetivação na titularidade do Ofício do Registro Civil, Títulos e Documentos da comarca de Tangará-SC. Há notícia de outra Ação Ordinária e de um Mandado de Segurança com o mesmo objeto 2. O acórdão recorrido afirma que "nas duas ações ordinárias e no mandado de segurança que as antecedeu, o apelante busca o mesmo resultado - efetivar-se no cargo como titular do Ofício do Registro Civil, Títulos e Documentos da Comarca de Tangará".

3. A teoria dos tres eadem na caracterização da litispendência/coisa julgada deve transcender a identidade dos elementos da ação para entender que o impedimento se destina a evitar processos que tenham o mesmo resultado prático. Precedentes do STJ.

4. "Consignado no acórdão recorrido a identidade entre as partes, a causa de pedir e o pedido, o reexame da litispendência pressupõe a análise das pretensões dispostas nesta ação e no mandado de segurança - que, nestes autos, apresentam-se como provas - o que é vedado a esta Corte ante o óbice da Súmula 07/STJ" (AgRg no REsp 1236404/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 4/4/2011).

5. Se o acórdão recorrido examinou a fundamentação das demandas em comento, não há falar em omissão e nulidade do acórdão com amparo no art. 535 do CPC. Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução.

6. Litispendência é pressuposto negativo de admissibilidade do julgamento do mérito e foi utilizada como fundamento suficiente de manutenção do acórdão recorrido. Os arts. 16 e 18 da Lei 8.935/1994 referem-se ao mérito da demanda (preenchimento de vagas), e seu prequestionamento é irrelevante para o feito.

7. Agravo Regimental não provido.
(AgRg no AREsp 188.343/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 11/09/2012)

30. **No presente caso, há verdadeira identidade da relação jurídica material posta nestes autos e aquela da ação ordinária Processo nº 0063965-10.2016.4.01.3400, uma vez que ambas as demandas supõem a inconstitucionalidade do art. 11 da Lei nº**



13.254, de 2016, e do art. 4º, §4º, da IN RFB nº 1627, de 2016, pretendendo a inclusão da impetrante no Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária – RERCT.

31. Ressalta-se que foi indeferido liminarmente do pedido de tutela antecipada formulado naqueles autos⁵, oportunidade na qual o juízo ponderou pela indisponibilidade do interesse público, enumerando diversas outras normas que disciplinam restrições a cônjuges, companheiros e parentes de agentes públicos, sem que isso importe inconstitucionalidade:

Decisão liminar proferida no Processo nº 0063965-10.2016.4.01.3400:

(...)

Com efeito, não há qualquer fundamento para afastar a vedação legal, a qual não possibilita ao cônjuge e aos parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, a se beneficiarem da regularização especial, por se tratar de favor legal, amparado pela interpretação literal, com fulcro no art. 111 do CTN, e cujo fim da restrição também visa à proteção ao interesse público.

(...)

Quanto à declaração de inconstitucionalidade incidental da vedação prevista no art. 1º, §5º, art. 11, da Lei nº 13.254, de 13/01/2016, acima transcrita, a qual exclui do benefício da lei os agentes públicos e parentes até 2º (segundo) grau, entendo que a tese carece de plausibilidade, uma vez que, o princípio à proteção ao interesse público deve prosperar sobre o individual.

Ponto que o legislador, ao criar as leis, volta-se com olhar atento ao mundo dos fatos. É notório que, infelizmente, os grandes desvios de recursos públicos estão relacionados à participação de agentes públicos, e beneficiando parentes; inclusive, com o envio de recursos ilícitos para países alienígenas, com uso fraudulento das sociedades offshores, para acobertar os desvios de bens públicos.

Ademais, ressalto que, em diversas outras ocasiões, as leis contemplam condutas diferenciadas e restritivas a serem seguidas pelos agentes públicos, diante das suas atribuições peculiares, e que vêm sendo expandidas para os parentes até determinada linha sucessória, com o intuito de não ser burlada a norma. (...)

32. Verificada a identidade de demandas, impõe-se a extinção do processo sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, inciso V, do novo Código de Processo Civil.

⁵ A decisão em referência foi confirmada pelo TRF1 em sede de agravo de instrumento.



Decadência

33. A impetrante pretende afastar, por inconstitucionalidade, a norma contida no art. 11 da Lei nº 13.254, de 2016, reproduzida no art. 4º, §4º da IN RFB nº 1627, de 2016:

Lei nº 13.254, de 2016:

Art. 1º É instituído o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT), para declaração voluntária de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados com omissão ou incorreção em relação a dados essenciais, remetidos ou mantidos no exterior, ou repatriados por residentes ou domiciliados no País, conforme a legislação cambial ou tributária, nos termos e condições desta Lei.
(...)

Art. 11. Os efeitos desta Lei não serão aplicados aos detentores de cargos, empregos e funções públicas de direção ou eletivas, nem ao respectivo cônjuge e aos parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, na data de publicação desta Lei.

IN RFB nº 1627, de 2016:

Art. 4º Poderá optar pelo RERCT a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil em 31 de dezembro de 2014, titular de bens e direitos de origem lícita, anteriormente a essa data, não declarados ou declarados com omissão ou incorreção em relação a dados essenciais à RFB.
(...)

§ 4º Não serão aplicados os efeitos da Lei nº 13.254, de 2016 aos detentores de cargos, empregos e funções públicas de direção ou eletivas, nem aos respectivos cônjuges e aos parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, em 13 de janeiro de 2016.

34. Ainda que, no corpo da petição, haja referência à Lei nº 13.428, de 30 de março de 2017 – que alterou alguns dispositivos da Lei nº 13.254, de 2016 –, a insurgência da impetrante resume-se à impossibilidade de aderir ao RERCT, porquanto o preenchimento da DERCAT pressupõe a afirmação de que *“em 14 de janeiro de 2016, não era detentora de cargos, empregos ou funções públicas de direção ou eletiva e que não possuía cônjuge ou parente consanguíneo ou afins até o segundo grau ou por adoção nessas condições”*.

35. Considerando-se que a impetrante mantém relação de união estável com o ex-Deputado Federal Eduardo Cosetino da Cunha, ocupante de cargo público em 14 de janeiro de 2016, a afirmação em referência importaria o cometimento do crime de falsidade ideológica, razão pela qual pretende o afastamento da exigência legal e consequente adesão ao RERCT.



36. A Lei nº 13.428, de 2017, não alterou o art. 11 da Lei nº 13.254, de 2016, mantendo-se íntegro o requisito negativo à adesão ao RERCT, inclusive no que concerne ao termo nele fixado, que é a data de publicação da Lei nº 13.254, de 2016 (14/1/2016).

37. Nesse contexto, a contagem do prazo para a propositura deste *mandamus* tem início na data da suposta violação do direito líquido e certo da parte, qual seja, da publicação da Lei nº 13.254, de 2016, e não da publicação da Lei nº 13.428, de 2017.

38. Vale ressaltar que após a edição da Lei nº 13.428, de 2017, foi editada a IN RFB nº 1704, de 3 de abril de 2017, cujo art. 4º, §4º⁶, reproduz, *ipsis litteris*, o conteúdo do art. 4º, §4º da IN RFB nº 1627, de 2016. O citado normativo, contudo, não renova o prazo para a propositura do presente mandado de segurança cujo fundamento é a inconstitucionalidade da Lei nº 13.254, de 2016.

39. **O art. 4º, §4º, da IN RFB nº 1627, de 2016, assim como o art. 4º, §4º, da IN RFB nº 1704, de 2017, apenas reproduzem os termos do art. 11 da Lei nº 13.254, de 2016, sem acrescentar-lhe conteúdo ou limitações. Nesse sentido, não podem ser tomadas como marco temporal para a propositura do presente *mandamus*, cujo termo inicial seria 14/1/2016, estando decaído o direito de requerer mandado de segurança (art. 23 da Lei 12.016, de 2009).**

MÉRITO

Ausência de requisito negativo à adesão ao RERCT – Relação de união estável com ocupante de cargo público em 14/1/2016

40. O mandado de segurança visa à proteção de direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém

⁶ IN RFB nº 1704, de 2017:

Art. 4º Poderá optar pelo RERCT a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil em 30 de junho de 2016, titular de bens e direitos de origem lícita, anteriormente a essa data, não declarados ou declarados com omissão ou incorreção em relação a dados essenciais à RFB.

(...)

§ 4º Não serão aplicados os efeitos da Lei nº 13.254, de 2016, aos detentores de cargos, empregos e funções públicas de direção ou eletivas, nem aos respectivos cônjuges e aos parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, na data de publicação da Lei nº 13.254, de 2016.



sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la, por parte de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal).

41. No caso dos autos, a impetrante não possui direito de ser incluída no RERCT uma vez que não preenche um dos requisitos legais à participação no referido regime, nos termos do art. 11 da Lei nº 13.254, de 2016:

Art. 11. Os efeitos desta Lei não serão aplicados aos detentores de cargos, empregos e funções públicas de direção ou eletivas, nem ao respectivo cônjuge e aos parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, na data de publicação desta Lei.

42. O legislador instituiu um regime especial de regularização de ativos com efeitos benéficos nas searas tributária e criminal, elegendo um critério objetivo de não-aplicação da Lei – não se aplica aos ocupantes de cargos, empregos e funções públicas de direção e eletivas, assim como aos seus cônjuges (companheiros) e parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção –, critério esse geral e abstrato que alcança a todos que se encontrem na citada condição, indistintamente.

43. Percebe-se que o Regime Especial significa, na prática, que o Estado está abrindo mão de direitos seus – o direito à aplicação, em toda sua extensão, da legislação tributária e penal –, mas não de forma ilimitada.

44. Ou seja, o Estado não quer perdoar débitos tributários, nem renunciar à *persecutio criminis*, relativamente aos sujeitos ocupantes (em 14/1/2016) de cargos, empregos e funções públicas de direção ou eletivas, nem ao respectivo cônjuge (companheiro) e aos parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção.

45. A utilização da via legislativa para o estabelecimento do regime especial de regularização cambial e tributária, significa que, em última análise, o povo, por meio dos seus representantes, chancelou a renúncia de direitos, bem como os limites dentro dos quais a renúncia se formalizou.



46. Por questão de política pública e em atenção à indisponibilidade do interesse público, entendeu o Poder Legislativo que o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária não deverá alcançar detentores de cargos, empregos e funções públicas de direção ou eletivas, restrição que alcança igualmente o cônjuge (companheiro) e parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção.

47. Não se está a violar os princípios da igualdade, isonomia tributária ou livre disposição da propriedade, mas sim estabelecendo um critério objetivo, pautado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de que aqueles que ocupam cargos públicos, seus cônjuges (companheiros) e parentes até o segundo, não poderão beneficiar-se desse regime diferenciado de tributação.

48. A liminar proferida nos autos Processo nº 0063965-10.2016.4.01.3400 enumera diversas outras situações em que o legislador, ponderando os princípios constitucionais e priorizando a indisponibilidade do interesse público e a moralidade administrativa, editou diversas normas que, a exemplo da Lei nº 13.254, de 2016, estabeleceram limitações a cônjuges (companheiros) e parentes de ocupantes de cargos, empregos e funções públicas:

Decisão liminar proferida no Processo nº 0063965-10.2016.4.01.3400:

(...)

Ponto que o legislador, ao criar as leis, volta-se com olhar atento ao mundo dos fatos. É notório que, infelizmente, os grandes desvios de recursos públicos estão relacionados à participação de agentes públicos, e beneficiando parentes; inclusive, com o envio de recursos ilícitos para países alienígenas, com uso fraudulento das sociedades offshores, para acobertar os desvios de bens públicos.

Ademais, ressalto que, em diversas outras ocasiões, as leis contemplam condutas diferenciadas e restritivas a serem seguidas pelos agentes públicos, diante das suas atribuições peculiares, e que vêm sendo expandidas para os parentes até determinada linha sucessória, com o intuito de não ser burlada a norma. É o caso da vedação contida na lei de licitações, que, no art. 9º Lei 8.666/93, proíbe a participação de agentes públicos na participação de licitações:

“Art. 9 - Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

III – servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.



Neste sentido, segue a orientação do TCU, estendendo a vedação aos parentes do agente:

Informativo de Licitações e Contratos nº 149 do TCU:
"mesmo ao se considerar lícita a alteração do contrato social, não se afastou do impedimento constante do art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993". Isso porque, "consoante a jurisprudência desta Corte, as vedações explicitadas nesse dispositivo legal estão sujeitas a analogia e interpretação extensiva ...". Ou seja, "qualquer situação que não esteja prevista na lei, mas que viole o dever de probidade imposto a todos os agentes públicos ou pessoa investida desta qualidade, deve ser proibida, por ser incompatível com os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade". (Acórdão 1170/2010-Plenário). Especificamente em relação à participação de parentes em licitação, citou o Acórdão 607/2011-Plenário, no sentido de que "mesmo que a Lei nº 8.666, de 1993, não possua dispositivo vedando expressamente a participação de parentes em licitações ..., vê-se que foi essa a intenção axiológica do legislador ao estabelecer o art. 9º dessa Lei, em especial nos §§ 3º e 4º, vedando a prática de conflito de interesse nas licitações públicas ...".

A Lei Complementar nº 64/90, Lei de Inelegibilidade, também estende vedações de direitos aos parentes de determinadas autoridades:

Art. 1º

(...)

§ 3º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes, consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos 6 (seis) meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

Idem, em âmbito judicial, quando em decisão vinculante contra o Nepotismo, o Egrégio STF proferiu a Súmula Vinculante nº 13, a qual estabelece vedações aos parentes de agentes públicos:

"A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal".

49. Na hipótese dos autos, a impetrante não preenche o requisito negativo imposto na Lei nº 13.254, de 2016, uma vez que mantém regime de união estável com o Sr. Eduardo Cosentino da Cunha, então ocupante do cargo de Deputado Federal entre 1/2/2003 e 13/9/2016.



50. Trata-se de dado objetivo que o sistema de emissão da DERCAT pressupõe, evitando o envio de declaração por pessoa que, por critério definido em lei, sabidamente não se enquadra dentre as pessoas autorizadas para o ato. Tal restrição operacional, evidentemente, não viola o direito de petição do contribuinte junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil, que pode ser exercido a qualquer tempo através do sistema e-cac. É dizer, ainda que impossibilitado de emitir a DERCAT, o contribuinte sempre pode peticionar junto à RFB, formulando as solicitações que entender cabíveis.

51. Por fim, ressalta-se que a Lei nº 13.256, de 2016, disciplina verdadeiro benefício fiscal, fato a exigir a interpretação restritiva da norma.

52. Segundo os ensinamentos de CARLOS MAXIMILIANO, “as leis fiscais suportam só exegese estrita, porém as exceções aos seus preceitos, as isenções de impostos, reclamam rigor maior” (sic). E mais adiante: “quando se proíbe um fato, implicitamente ficam vedados todos os meios conducentes a realizar o ato condenado ou iludir a disposição impeditiva”.⁷ Na dicção de F.CARRARA, “A interpretação deve ser objetiva, desapaixonada, equilibrada, às vezes audaciosa, porém não revolucionária, aguda, mas sempre atenta, respeitadora da lei”.⁸

53. A propósito, ressalta-se a existência de decisão proferida no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (AI nº 5033900-75.2016.4.04.0000/RS) que considerou que a Lei nº 13.254, de 2016, ao disciplinar benefício fiscal, exige interpretação restritiva. Muito embora a citada decisão se refira a outro requisito negativo previsto na Lei, as considerações sobre a natureza da norma se aplicam ao presente caso:

(...)

Portanto, observa-se a existência de um critério objetivo, eleito pelo legislador para fixar os limites de aplicação da lei. Outrossim, vale ressaltar, se está falando (também) de **benefício fiscal**. E, portanto, a jurisprudência é unânime em afirmar que a interpretação deve ser **restrita (não-ampliativa)**.

(...)

Como mencionado, trata-se de opção feita pelo legislador, como resultado da ponderação entre a renúncia de direitos estatais de um lado, e os interesses do País na regularização de ativos, de outro.

Não se vislumbra, nessa opção, mácula ao princípio da isonomia, porquanto a Lei dá tratamento absolutamente idêntico a todos os que se

⁷ *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, ed.1951, pag.248/250

⁸ *Trattato di Diritto Civile Italiano*, 1921, vol.I, p.206.



encontram na mesma condição. Ofensa ao postulado da igualdade haveria se a legislação conferisse tratamento diferenciado a sujeitos que se encontrassem em situação equivalente, o que, evidentemente, não é o caso.

54. Estando os agentes públicos jungidos ao princípio da legalidade, seria inadmissível pensar que a autoridade impetrada pudesse afastar, *in casu*, o requisito negativo indicado no art. 11 da Lei nº 13.256, de 2016, para atender o interesse isolado da impetrante.

55. Entender diversamente seria, de fato, violar os princípios constitucionalmente consagrados da legalidade e da impessoalidade, dispostos no artigo 37, *caput*, da Carta Magna. Da mesma forma, se o Poder Judiciário concede a inclusão da impetrante no RERCT, estará a legislar positivamente e a ingressar no campo político, que não lhe é próprio.

56. Não obstante haja recíprocas interferências dos poderes, uns nos outros, e que são constitucionalmente funções típicas, não cabe ao Poder Judiciário criar leis, mas tão só aplicar as leis aos casos concretos. Muito menos pode o Poder Judiciário fazer as vezes do legislador para alterar leis “à guisa da interpretação”, dizer o que a lei não diz. Em síntese, o Poder Judiciário não pode criar norma geral e abstrata, mas apenas a norma individual, lastreada no direito positivo.

57. Sabendo que não há previsão legal a amparar a pretensão da impetrante de inclusão no Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária, resta ausente o requisito da plausibilidade do direito invocado.

III

CONCLUSÃO

58. São as razões que reputamos úteis ao esclarecimento dos fatos, da verdade e do direito aplicável, e que demonstram a ilegitimidade do Sr. Secretário da Receita Federal do Brasil para figurar como autoridade coatora, a impossibilidade de impetração de mandado de segurança contra lei em tese, a litispendência entre ações, a decadência do direito de interpor o mandado de segurança e a ausência de direito líquido e certo – uma vez que a impetrante não preenche o requisito negativo disciplinado no art. 11 da Lei nº 13.254, de 2016, para adesão ao



Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
Coordenação-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional – CRJ
Coordenação de Consultoria Judicial – COJUD

RERCT. Aprovada essa manifestação, propomos seja encaminhada à autoridade impetrada, com a sugestão de envio ao MM. Juiz *a quo*, a título de informações.

À consideração superior.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 12 de junho de 2017.


ANDREIA MACHADO CUNHA
Procuradora da Fazenda Nacional

Registro 185290/2017



Ministério da Fazenda
Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

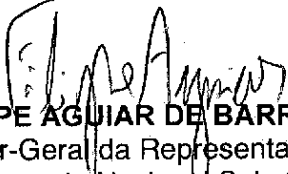
DESPACHO DE PARECER PGFN/CRJ/2017

DOCUMENTO: REGISTRO Nº 00185290/2017
INTERESSADO: PGFN/CRJ
ASSUNTO: MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1002526-44.2017.4.01.3400
IMPETRANTE: CLÁUDIA CORDEIRO CRUZ
IMPETRADO: SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL

Trata-se do PARECER PGFN/CRJ/Nº 792 /2017, da lavra da Procuradora ANDREIA MACHADO CUNHA e cujo teor ora aprovo.

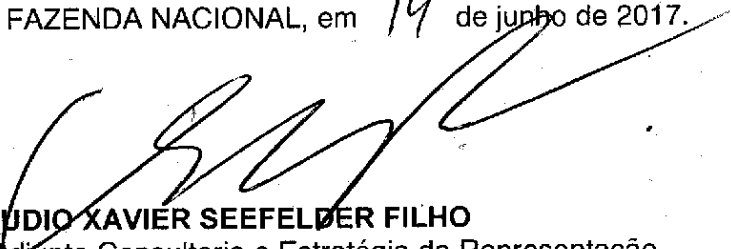
À consideração superior.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 13 de junho de 2017.


FILIPE AGUIAR DE BARROS
Coordenador-Geral da Representação Judicial
da Fazenda Nacional Substituto

Encaminhe-se ao Exmo. Sr. Secretário da Receita Federal do Brasil, para prestação de informações em mandado de segurança.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 14 de junho de 2017.


CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO
Procurador-Geral Adjunto Consultoria e Estratégia da Representação
Judicial e Administrativa Tributária - PGACET





Ministério da Fazenda



Receita Federal

Ofício nº /2017 - RFB/Gabin

Brasília, de de

A Sua Excelência a Senhora

Diana Maria Wanderlei da Silva

Juíza Federal Substituta da 5ª Vara/SJDF

SAS Q. 2, Bloco G, Lote 8, Justiça Federal – Sede I, Asa Sul

CEP: 70.070-933 - Brasília - DF


Assunto: Presta Informações em Mandado de Segurança

Senhora Juíza,

Em atenção ao Mandado de Intimação, de 29.05.2017, recebido no dia 07.06.2017, em que são solicitadas as informações necessárias para instruir o Mandado de Segurança nº 1002526-44.2017.4.01.3400, impetrado CLÁUDIA CORDEIRO CRUZ, envio os anexos elementos de fato e de direito, coligidos pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, nos termos do Decreto-Lei nº 147, de 3 de fevereiro de 1967, que demonstram a improcedência do mandamus.

Atenciosamente,


Seefelder
PGFN


Filipe
COJUD/CRJ