

Recurso Especial nº 795.580-SC*

RELATOR: MINISTRO CASTRO MEIRA

RECORRENTE: DOVAL INDÚSTRIA DE MÓVEIS LTDA

ADVOGADO: ANDRÉ LUIZ ARANTES SCHEIDT E OUTROS

RECORRIDO : DEPARTAMENTO ESTADUAL DE INFRA-ESTRUTURA -

DEINFRA PROCURADOR : MARCIAL TRILHA E OUTROS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. CONSTRUÇÃO DE RODOVIA. VALORIZAÇÃO DA ÁREA REMANESCENTE. ABATIMENTO. ART. 27 DO DECRETO-LEI 3.365/41. INTERPRETAÇÃO.

1. Não é o recurso especial meio adequado para se examinar alegada contrariedade a dispositivo da Constituição, sob pena de ser usurpada competência reservada à Suprema Corte, nos termos do art. 102, III, da CF/88.

2. Não se conhece do apelo quando não prequestionado na origem o dispositivo de lei indicado como malferido. Incidência da Súmula 211/STJ.

3. Na desapropriação, direta ou indireta, quando há valorização da área remanescente não desapropriada em decorrência de obra ou serviço público, dispõe o Estado de três instrumentos legais para evitar que a mais valia, decorrente da iniciativa estatal, locuplete sem justa causa o patrimônio de um ou de poucos: a desapropriação por zona ou extensiva, a cobrança de contribuição de melhoria e o abatimento proporcional, na indenização a ser paga, da valorização trazida ao imóvel.

4. A valorização imobiliária decorrente da obra ou serviço público pode ser geral, quando beneficia indistintamente um grupo considerável de administrados, ou especial, que ocorre quando o benefício se restringe a um ou alguns particulares identificados ou, pelo menos, identificáveis.

5. A mais valia geral subdivide-se em ordinária e extraordinária. A primeira tem lugar quando todos os imóveis lindeiros à obra pública se valorizam em proporção semelhante. A segunda, diferentemente, toma parte quando algum ou alguns imóveis se valorizam mais que outros, atingidos pela mais valia ordinária.

6. Na hipótese de valorização geral ordinária, dispõe o Poder Público da contribuição de melhoria como instrumento legal apto a "diluir", entre os proprietários beneficiados com a obra, o custo de sua realização.

7. No caso de valorização geral extraordinária, pode o Estado valer-se da desapropriação por zona ou extensiva, prevista no art. 4º do Decreto-Lei 3.365/41. Havendo valorização exorbitante de uma área, pode o Estado incluí-la no plano de desapropriação e, com a revenda futura dos imóveis ali abrangidos, socializar o benefício a toda coletividade, evitando que apenas um ou alguns proprietários venham a ser beneficiados com a extraordinária mais valia.

* *In DJ*, 01/02/2007, p. 448; *LEXSTJ*, vol. 211, p. 170 .

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

8. Por fim, tratando-se de valorização específica, e somente nessa hipótese, poderá o Estado abater, do valor a ser indenizado, a valorização experimentada pela área remanescente, não desapropriada, nos termos do art. 27 do Decreto-Lei 3.365/41.

9. No caso, a área remanescente não desapropriada valorizou em decorrência da construção de rodovia estadual. A valorização experimentada pelo imóvel não é especial, mas genérica, atingindo em patamares semelhantes todos os imóveis lindeiros à via pública construída. Assim, a mais valia deve ser cobrada por meio do instrumento legal próprio, que é a contribuição de melhoria, sendo indevido o abatimento proporcional do justo preço a ser pago pela desapropriação.

10. Recurso especial conhecido em parte e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Eliana Calmon e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 12 de dezembro de 2006 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator):

Cuida-se de recurso especial fundado nas alíneas "a" e "c" do inciso III do art. 105 da Constituição da República e interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, segundo o qual a valorização da área remanescente, não abrangida pela desapropriação indireta, deve ser abatida do valor a ser indenizado.

Alega o recorrente violação aos arts. 5º, XXIV, da Constituição Federal e 26 do Decreto-lei 3.365/42, "tendo em vista que o escopo indenizatório é o da recomposição patrimonial, a permitir que o expropriado adquira outro bem da vida correspondente àquele que lhe foi subtraído" (fl. 173).

Aponta, também, dissídio pretoriano entre o acórdão recorrido e precedentes desta Corte, que entenderam não ser possível deduzir do valor a ser indenizado em desapropriação indireta os acréscimos decorrentes de valorização do imóvel em razão de obra pública.

A autarquia recorrida ofertou contra-razões às fls. 182/191.

Admitido o recurso na origem tão somente pela alínea "a" (fls. 212/213), subiram os autos para julgamento.

Ministro José de Castro Meira

O Ministério Público Federal, na pessoa do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. João Francisco Sobrinho, opinou pelo provimento do recurso especial, em parecer assim ementado:

"RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. CONSTRUÇÃO DE RODOVIA. DEDUÇÃO DA VALORIZAÇÃO DO IMÓVEL DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. INADMISSIBILIDADE.

1 - A jurisprudência desta Colenda Corte pacificou-se no sentido de que a valorização do imóvel expropriado, de forma genérica, decorrente de obra pública, não deve ser compensada no valor da indenização, mas haverá de ser objeto de instituição e cobrança de contribuição de melhoria pelo ente público.

2 - Parecer pelo conhecimento e provimento do recurso especial" (fl. 218).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator):

Cuida-se de ação indenizatória por desapropriação indireta promovida por Doval Indústria de Móveis Ltda contra o Departamento de Estradas de Rodagem de Santa Catarina em virtude do apossamento administrativo levado a cabo pela autarquia estadual no ano de 1979 para construção da rodovia estadual SC - 473.

O juiz de piso julgou procedente o pedido e condenou o DER/SC a indenizar os autores na quantia de R\$ 2.216,88.

O Tribunal de origem deu provimento à apelação para excluir da indenização o valor relativo à valorização do imóvel decorrente da construção da rodovia.

Recorrem os administrados, alegando violação ao arts. 5º, XXIV da Constituição Federal e 26 do Decreto-lei 3.365/42, "tendo em vista que o escopo indenizatório é o da recomposição patrimonial, a permitir que o expropriado adquira outro bem da vida correspondente àquele que lhe foi subtraído" (fl. 173).

Apontam, também, dissídio pretoriano entre o acórdão recorrido e precedentes desta Corte, que entenderam não ser possível deduzir do valor a ser indenizado em desapropriação indireta os acréscimos decorrentes de valorização do imóvel em razão da obra pública.

Não é o recurso especial meio adequado para se examinar alegada contrariedade a dispositivo da Constituição, sob pena de ser usurpada competência reservada a Suprema Corte, nos termos do art. 102, III, da CF/88.

Assim, não conheço do apelo quanto à suposta violação ao art. 5º, XXIV, da Constituição Federal.

Também não conheço do recurso no tocante à negativa de vigência ao art. 26 do Decreto-lei n.º 3.365/42, dispositivo não prequestionado na origem.

Incidência, por analogia, das Súmulas 282 e 356 do STF.

Quanto ao dissídio, embora não realizado o cotejo analítico entre o acórdão recorrido e aqueles indicados como paradigmas, conheço do apelo por ser notória a divergência, tal como reconhecido no parecer do Ministério Público Federal.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Com efeito, enquanto o aresto recorrido entendeu que do valor a ser indenizado por desapropriação indireta deve ser descontada a valorização do imóvel decorrente da obra pública, os paradigmas, em situação semelhante, entenderam indevido o decréscimo, devendo eventual valorização imobiliária ser remunerada mediante contribuição de melhoria.

Controverte-se nos autos se a valorização experimentada pelo imóvel em decorrência de obra ou serviço público pode, ou não, ser abatida proporcionalmente do valor a ser indenizado pela desapropriação.

Na desapropriação, direta ou indireta, quando há valorização da área remanescente, não desapropriada em decorrência de obra ou serviço público, dispõe o Estado de três instrumentos legais para evitar que a mais valia, originada da iniciativa estatal, locuplete sem justa causa o patrimônio de um ou de poucos: a) a desapropriação por zona ou extensiva; b) a cobrança de contribuição de melhoria e c) o abatimento proporcional, na indenização a ser paga, da valorização trazida ao imóvel.

Não é discricionária a aplicação desses instrumentos pelo Estado. Para cada situação concreta, há uma previsão específica.

A valorização imobiliária decorrente da obra ou serviço público pode ser geral, quando beneficia indistintamente um grupo considerável de administrados, como ocorre, por exemplo, na construção de uma avenida, na colocação de postes de iluminação pública, na estruturação de sistema de saneamento básico, na criação de terminal rodoviário.

A valorização específica ocorre quando o benefício se restringe a um ou alguns particulares identificados ou, pelo menos, identificáveis. Cita-se, por exemplo, a construção de poço artesiano, a transposição do leito de um rio de pequenas dimensões, o asfaltamento de pequeno trecho de rodovia.

A mais valia geral subdivide-se em ordinária e extraordinária. A primeira tem lugar quando todos os imóveis lindeiros à obra pública valorizam-se em proporção semelhante, como ocorre na construção de uma rodovia. A segunda, diferentemente, toma parte quando algum ou alguns imóveis valorizam-se mais que outros, atingidos pela mais valia ordinária. Cita-se o exemplo do imóvel que, já beneficiado com a construção da rodovia, valoriza-se ainda mais com o fato de estar à frente de um anel viário, que permite aos proprietários deslocamento rápido em vários sentidos.

Na hipótese de valorização geral ordinária, dispõe o Poder Público da contribuição de melhoria como instrumento legal apto a "diluir", entre os proprietários beneficiados com a obra, o custo de sua realização.

Os arts. 81 e 82, § 1º, do Código Tributário Nacional – CTN determinam o seguinte:

"Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela união, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado".

"Art. 82 - § 1º. A contribuição relativa a cada imóvel será determinada pelo rateio da parcela do custo da obra a que se refere a alínea 'c', do inciso I, pelos imóveis situados na zona beneficiada em função dos respectivos fatores individuais de valorização".

No caso de valorização geral extraordinária, pode o Estado valer-se da desapropriação por zona ou extensiva, prevista no art. 4º do Decreto-lei 3.365/41, que assim dispõe:

"Art. 4º. **A desapropriação poderá abranger** a área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina, e **as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço.** Em qualquer caso, a declaração de utilidade pública deverá compreendê-las, mencionando-se quais as indispensáveis à continuação da obra e as que se destinam à revenda" (original sem grifos).

Havendo valorização exorbitante de uma área, pode o Estado incluí-la no plano de desapropriação e, com a revenda futura dos imóveis ali abrangidos, socializar o benefício a toda coletividade, evitando que apenas um ou alguns proprietários venham a ser beneficiados com a extraordinária mais valia.

Por fim, tratando-se de valorização específica, e somente nesta hipótese, poderá o Estado abater, do valor a ser indenizado, a valorização experimentada pela área remanescente, não desapropriada. É inaceitável que, com recursos da coletividade, o Estado realize obras que enriqueçam apenas alguns proprietários.

Nesse caso, para "diluir" o custo social da obra, pode o Estado valer-se do abatimento proporcional da indenização, que encontra respaldo no art. 27 do Decreto-lei 3.365/41, assim disposto:

"Art. 27. O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles auferir o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e **à valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu**" (sem grifos no original).

De início, o STF rejeitava a possibilidade de o Poder Público compensar a mais valia com o valor devido pela desapropriação, admitindo, porém, o abatimento proporcional no preço. A preocupação do Supremo foi a de evitar que a indenização fosse reduzida a zero ou, o que é pior, que passasse o expropriado da condição de credor à de devedor do ente expropriante.

Nessa linha, assentou que "o simples critério informativo do art. 27, quanto à medida da justa indenização, não pode ser identificado com o critério que informou o instituto civil da compensação, cuja lógica, no caso, levaria ao despropósito de ficar o desapropriado ainda devedor do Poder expropriante, quando a valorização da parte desapropriada fosse maior que o preço da parte remanescente" (STF – 1ª Turma, RE 24.815, Rel. Min. Nelson Hungria, j. em 18.01.54, RT 285, p. 867).

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Nesse acórdão, o STF rejeitou a compensação total e determinou que o art. 27 do Decreto-lei 3.365/41 fosse aplicado de maneira criteriosa, embora tenha admitido a redução proporcional no preço, como critério para a justa indenização.

Mais tarde, em desapropriação promovida pelo município de Belo Horizonte para prolongamento de rua, o Ministro Luiz Gallotti mostrou simpatia pela tese de que a valorização podia ser cobrada por contribuição de melhoria, ressaltando: "Há um ponto essencial que não pode ser olvidado. É que a valorização também aproveita a outros proprietários, e não será justo que somente sobre o expropriado incidisse o ônus correspondente" (STF – 1ª Turma, RE 51.088, Rel. Min. Nelson Hungria, j. em 17.09.62, RDA 72, p. 186).

A mudança de entendimento ocorreu no julgamento do RE 76.274. O Ministro Aliomar Baleeiro enfocou o problema sob o aspecto essencialmente tributário: "Tendo estatuído a Constituição Federal, tanto a de 1946 quanto as posteriores, o processo de contribuição de melhoria para o Poder Público cobrar-se do custo das obras que valorizam os imóveis deles, não vigora mais o art. 27 do DL 3.365/41, que autoriza ao juiz compensar a indenização da desapropriação com a mais-valia que o melhoramento público acarreta para o réu" (STF – 1ª Turma, RE 76.274, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. em 31.08.73, RTJ 69, p. 222 e RDA 120, p. 345).

Em novo pronunciamento, asseverou o saudoso Ministro que, depois da Constituição de 1946, "não é lícito ao desapropriante pretender compensar apenas com os proprietários desapropriados - e não com todos eles na zona - a *plus valia* resultante da obra nova" (STF – 1ª Turma, RE 78.506, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. em 23.08.74, RTJ 73, p. 892).

No mesmo sentido, outra decisão, com acórdão relatado pelo Ministro Cordeiro Guerra: "O art. 27 do DL 3.365/41 (...) não se compatibiliza com a contribuição de melhoria..." (STF – 2ª Turma, RE 85.183, Rel. Min. Cordeiro Guerra, j. em 05.11.76, RTJ 80, p. 271 e RDA 130, p. 218).

Foi essa também a orientação do extinto TFR, como se observa dos seguintes julgados: AC 35.146, Rel. Décio Miranda, setembro de 74; AC 29.097, Rel. Armando Rolemberg, março de 75; AC 39.709, Rel. Armando Rolemberg, março de 76.

A Primeira Turma deste Superior Tribunal de Justiça, na trilha desses precedentes, adotou posição semelhante, entendendo não ser possível abater do valor a ser indenizado a valorização, decorrente de obra pública, experimentada pela área remanescente não desapropriada.

Nesse sentido, os seguintes precedentes que cito:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. ANÁLISE DE EVENTUAL INFRINGÊNCIA DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 26 DO DECRETO-LEI 3.365/41. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. VALORIZAÇÃO DA ÁREA REMANESCENTE. IMPOSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO.

1. Acórdão recorrido que anulou a sentença de primeiro grau de jurisdição, para que se levasse em conta, na fixação da indenização devida, a valorização da área remanescente do imóvel indiretamente expropriado.

2. É inviável a análise de suposta infringência de preceito constitucional em sede de recurso especial.

3. A ausência de prequestionamento dos dispositivos legais cuja violação foi apontada atrai o óbice das Súmulas 282 e 356/STF.

4. Na linha de entendimento desta Corte, a valorização da área remanescente do imóvel indiretamente expropriado, resultante da construção de uma rodovia à sua margem, não pode ser considerada para reduzir o valor devido a título de indenização.

5. A questão relativa à eventual valorização da área remanescente, se for o caso, deve ser resolvida no âmbito tributário, mediante a imposição de contribuição de melhoria estendida a todos os beneficiários da obra.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido" (REsp 793.300/SC, Rel. Min. Denise Arruda, DJU de 31.08.06);

"ADMINISTRATIVO - DESAPROPRIAÇÃO - JUSTA INDENIZAÇÃO - VALORIZAÇÃO POSTERIOR À IMISSÃO NA POSSE.

- A indenização só é justa, se bastar para que o expropriado adquira bem da vida correspondente àquele que lhe foi subtraído.

- No caso de desapropriação de um lote de terreno, a indenização será justa, na medida em que o expropriado possa adquirir, na mesma região, lote em igual situação àquela do terreno perdido. Se a valorização resultou de benefícios operados pelo Poder expropriante, tudo se resolve com a cobrança de contribuição de melhoria, jamais com o pagamento do preço injusto" (REsp 439.878/RJ, Rel. Min. Teori Zavascki, DJU de 05.04.04).

A Segunda Turma, pelo menos na pesquisa que realizei, não tem precedentes sobre o assunto.

Não obstante a força das decisões do Supremo e a autoridade de quem as proferiu, os precedentes aqui citados são antigos e encerravam a manifestação de ministros que lá já não mais se encontram. O entendimento, então perfilhado, não se ajusta à atual doutrina administrativista, como dá conta a lição de José Carlos de Moraes Salles:

"Efetivamente, quando a desapropriação é parcial, a parte remanescente, ou seja, a não atingida pela expropriação, pode receber valorização em decorrência das obras ou serviços executados pelo expropriante.

Quando a expropriação traz valorização ao remanescente, entendem alguns que a mais-valia não deve beneficiar o expropriado, por não haver ele contribuído diretamente para essa valorização, que resultou, ao contrário, da obra pública realizada. Preconizam, pois, nesse caso, a adoção de uma das seguintes providências:

a) a cobrança de contribuição de melhoria;

b) a desapropriação por zona (também chamada extensiva) recaindo sobre os terrenos extraordinariamente valorizados em consequência das obras ou serviços realizados;

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

c) a compensação da mais-valia do remanescente com a indenização a ser paga ao expropriado.

(...)

No que concerne à valorização trazida ao remanescente pela desapropriação, há de se distinguir a *imediate e especial (específica e individual)* para o proprietário do bem expropriado) da *geral*, ou seja, a que beneficia a todos os proprietários da zona em que a obra pública é levada a efeito.

No primeiro caso, a jurisprudência tem entendido que a mais-valia do remanescente deve ser descontada do *quantum* devido a título de indenização ao expropriado, por beneficiá-lo diretamente. No segundo, nossos tribunais têm considerado injusto carrear-se só ao expropriado esse desconto, porque, beneficiando a todos a valorização decorrente da obra ou serviço público, só a cobrança de contribuição de melhoria, medida que alcançaria, sem exceção, os proprietários da zona valorizada, seria o meio adequado a ser utilizado pelo Poder Público para ressarcimento das despesas realizadas.

(...)

Dispondo a respeito, o art. 145, III, da Constituição de 1988 estabelece que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir 'contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas'. Por outro lado, o Código Tributário Nacional (Lei 5.172, de 25.10.1966) preceitua, em seu art. 81, que 'a contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado'.

(...)

Observa-se, portanto, que a compensação da mais-valia da área remanescente com a quantia devida ao expropriado a título de indenização tem sido repelida, em regra, pela jurisprudência, segundo a qual essa compensação só será possível nos casos em que a valorização seja *imediate e especial*. ou seja, *direta* para o proprietário e não geral. O acórdão do STF, a que acima aludimos (RTJ 69/222), deve, pois, ser entendido em termos, quando afirma não mais vigorar o art. 27 do Dec.-lei 3.365/41. O julgado em apreço, ao que nos parece, pretendeu excluir a aplicação do art. 27 nos casos de valorização geral, em que a medida adequada será a da cobrança de contribuição de melhoria. Não visou excluí-la, entretanto, quando se tratar de valorização especial e direta, beneficiando apenas o expropriado. É o que pensamos.

Importante, pois, que se transcreva aqui, trecho do despacho que admitiu o recurso extraordinário decidido pelo acórdão estampado na RT 489/257. Desse despacho reproduzimos o seguinte: 'Ora, o conceito de justa indenização, nas expropriatórias parciais, envolve sempre o cuidadoso exame da situação das áreas remanescentes: por vezes o remanescente se valoriza, atuando na fixação do *quantum* da indenização, em benefício do expropriante; por vezes torna-se inaproveitável, impondo a extensão da desapropriação ao remanescente; por vezes sofre desvalorização, que justifica a concessão de uma verba que se tenha por adequada para a recomposição do patrimônio do expropriado'.

Parece-nos que nessa síntese feliz se apresenta o deslinde da questão.

(...)

2.6.1.1. Nas hipóteses de valorização especial e direta, que beneficie apenas o expropriado no tocante ao remanescente, a lei é omissa relativamente à percentagem aplicável sobre o *quantum* indenizatório, a título de compensação.

A solução encontrada por Seabra Fagundes parece-nos a mais viável, razão pela qual a perfilhamos. Entende o insigne jurista que, como regra geral, a mais-valia nunca absorverá o valor total da indenização, devendo ser considerada apenas para o efeito de uma redução parcial do preço pagável ao expropriado. Justifica seu ponto de vista, alegando que a compensação excluindo qualquer pagamento só seria possível se houvesse disposição legal autorizando-a, o que não ocorre, entretanto, pois a indenização em dinheiro é a regra. A compensação total de valores, como toda exceção, seria inadmissível sem autorização legislativa. Daí chegar ele à seguinte conclusão: "É impossível, porém, definir um limite para essa compensação parcial. O juiz, em cada caso, consideradas as suas condições peculiares e o montante dos dois valores, arbitrará a mais-valia na base que se lhe afigure razoável" (SALLES, José Carlos de Moraes. "A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, 4ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pp. 553/558).

No mesmo sentido é o ensinamento de Vicente de Paula Mendes, assim reproduzida:

"*Data venia*, esse entendimento é injusto. Primeiro, porque a lei não manda mesmo compensar, mas apenas levar em conta, isto é, considerar a valorização (ou a desvalorização) como fator influente na fixação do *quantum*. Segundo, porque, como explicou Seabra Fagundes, a contribuição de melhoria, como tributo, tem pressupostos e objetivos diferentes da indenização expropriatória. Terceiro, porque o STF se abstraiu por completo de uma percepção mais profunda do problema, a partir da própria evolução e aprimoramento dos critérios que foram sendo estabelecidos na doutrina e na jurisprudência. Assim, admitir a inaplicabilidade do art. 27 seria afastar, por exemplo, o fato comprovado de que a valorização pode ser geral, especial ou ambas. Por isso, é prudente a opinião de Moraes Sales, no sentido de que esta orientação do STF 'pretendeu excluir a aplicação do art. 27 nos casos de valorização geral... Não (...) quando se tratar de valorização especial e direta, beneficiando apenas o expropriado" (MENDES, Vicente de Paula. "A Indenização na Desapropriação", Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 239).

No caso concreto, a área remanescente valorizou em decorrência da construção da rodovia estadual SC - 473. A valorização experimentada pelo imóvel não é especial, mas geral, atingindo em patamares semelhantes todos os imóveis lindeiros à via pública construída.

Assim, a mais valia deve ser cobrada por meio do instrumento legal próprio que é a contribuição de melhoria, sendo indevido o abatimento proporcional do justo preço a ser pago pela desapropriação.

Ante o exposto, **conheço em parte do recurso especial e dou-lhe provimento.**

É como voto.

**Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos
Magistrados no TFR e no STJ**

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 20050185609-9

REsp 795580/SC

Números Origem: 20030225030 66990006960

PAUTA: 12/12/2006

JULGADO: 12/12/2006

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : DOVAL INDÚSTRIA DE MÓVEIS LTDA

ADVOGADO : ANDRÉ LUIZ ARANTES SCHEIDT E OUTROS

RECORRIDO : DEPARTAMENTO ESTADUAL DE INFRA-ESTRUTURA -
DEINFRA

PROCURADOR : MARCIAL TRILHA E OUTROS

ASSUNTO: Administrativo - Intervenção do Estado na Propriedade - Desapropriação
- Indireta

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Eliana Calmon e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 12 de dezembro de 2006

VALÉRIA ALVIM DUSI

Secretária



Recurso Especial nº 1.015.133-MT*

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO CASTRO MEIRA
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA
AGRÁRIA - INCRA
PROCURADOR : VALDEZ ADRIANI FARIAS E OUTRO(S)
RECORRIDO : OSMAR SCHNEIDER E OUTRO
ADVOGADO : FÁBIO SCHNEIDER E OUTRO(S)
RECORRIDO : ANTONIO MASCARENHAS JUNQUEIRA E OUTROS
ADVOGADO : ANTONIO CÉSAR PAES DE BARROS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FAIXA DE FRONTEIRA. BEM DA UNIÃO. ALIENAÇÃO DE TERRAS POR ESTADO NÃO TITULAR DO DOMÍNIO. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. "TRÂNSITO EM JULGADO". AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE ATO JUDICIAL. PRETENSÃO QUERELA NULLITATIS. CABIMENTO. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RETORNO DOS AUTOS À CORTE REGIONAL PARA EXAME DO MÉRITO DAS APELAÇÕES.

1. O INCRA ajuizou ação de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária contra Antônio Mascarenhas Junqueira e outros, objetivando a aquisição da posse e do domínio do imóvel denominado "Gleba Formosa", com área de 14.000 ha (quatorze mil hectares), situado no Município Mato Grossense de Vila Bela da Santíssima Trindade. O processo transitou em julgado e, por ordem judicial, o INCRA emitiu diversas TDAs para indenização da terra nua e fez o pagamento de alguns precatórios, estando a dívida quitada apenas em parte. Nesse ínterim, a autarquia expropriante propôs a presente ação civil pública contra o Estado do Mato Grosso e diversos particulares nominados na petição inicial para evitar a ocorrência de dano grave ao patrimônio público federal, com o objetivo de obter: **(a)** a declaração de nulidade de registros imobiliários decorrentes de titulações feitas a non domino pelo Estado réu sobre terras devolutas situadas na faixa de fronteira do Brasil com a Bolívia, de plena titularidade federal desde a Constituição de 1891 até os dias atuais; **(b)** o reconhecimento judicial de que não é devida qualquer indenização decorrente de ação expropriatória anteriormente ajuizada pelo INCRA contra os particulares que figuram como réus nesta ação; e **(c)** a condenação ao ressarcimento de todos os valores que tenham sido pagos indevidamente com base no título judicial extraído da desapropriação.

* In DJ, 01/02/2007, p. 448; LEXSTJ, vol. 211, p. 170 .

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

2. O Juízo de 1º Grau julgou procedentes os pedidos formulados na ação. O TRF da 1ª Região reformou a sentença por entender que "a ação civil pública (...) não tem serventia para buscar a anulação de venda de terras devolutas por Estado-membro, posteriormente desapropriadas e com sentença passada em julgado, até mesmo porque não é sucedâneo serôdio da ação rescisória não proposta no biênio legal"(fl.1556).

3. A Sra. Ministra Eliana Calmon, relatora do caso, negou provimento aos dois recursos especiais, por entender que, "em respeito à coisa julgada e à segurança jurídica, incabível a ação civil pública, que, pela via transversa, busca declarar nulo o título de domínio, rescindir o julgado na ação de desapropriação e condenar os particulares a devolverem valores recebidos em cumprimento de uma ordem judicial".

4. Do regime jurídico da faixa de fronteira e da natureza do vício decorrente de alienação por quem não detém o domínio.

4.1. O domínio público sobre a porção do território nacional localizada na zona de fronteira com Estados estrangeiros sempre foi objeto de especial atenção legislativa, sobretudo constitucional. As razões dessa preocupação modificaram-se com o tempo, principalmente quando da sucessão do regime imperial para o republicano, mas sempre estiveram focadas nos imperativos de **segurança nacional** e de **desenvolvimento econômico**.

4.2. A faixa de fronteira é bem de uso especial da União pertencente a seu domínio indisponível, somente autorizada a alienação em casos especiais desde que observados diversos requisitos constitucionais e legais.

4.3. Compete ao Conselho de Defesa Nacional, segundo o art. 91, § 1º, III, da CF/88, propor os critérios e condições de utilização da faixa de fronteira. Trata-se de competência firmada por norma constitucional, dada a importância que a CF/88, bem como as anteriores a partir da Carta de 1891, atribuiu a essa parcela do território nacional.

4.4. Nos termos da Lei 6.634/79, recepcionada pela CF/88, a concessão ou alienação de terras públicas situadas em faixa de fronteira dependerá, sempre, de autorização prévia do Conselho de Segurança Nacional, hoje Conselho de Defesa Nacional.

4.5. O ato de assentimento prévio consiste em uma autorização preliminar essencial para a prática de determinados atos, para o exercício de certas atividades, para a ocupação e a utilização de terras ao longo da faixa de fronteira, considerada fundamental para a defesa do território nacional e posta sob regime jurídico excepcional, a teor do disposto no § 2º do art. 20, da Constituição Federal. É por meio do assentimento prévio que o Estado brasileiro busca diagnosticar a forma de ocupação e exploração da faixa de fronteira, a fim de que se possam desenvolver atividades estratégicas específicas para o desenvolvimento do país, salvaguardando a segurança nacional.

4.6. A faixa de fronteira não é somente um bem imóvel da União, mas uma área de domínio sob constante vigilância e alvo de políticas governamentais específicas relacionadas, sobretudo, às questões de segurança pública e soberania nacional.

4.7. A importância da área deve-se, também, à relação estreita que mantém com diversas outras questões igualmente relevantes para o Governo Federal, entre elas: (a) **questões indígenas**, pois, segundo informações da Secretaria de Patrimônio da União, 30% da faixa de fronteira é ocupada por terras indígenas, já demarcadas ou não; (b) **questões fundiárias** relacionadas à grilagem e conflito de terras; (c) **questões sociais** de mais alta relevância, como a invasão de terras por movimentos sociais e a exploração de trabalhadores em regime de semi-escravidão; (d) **questões criminais** referentes ao narcotráfico, tráfico de armas, descaminho, crimes ambientais – como a exploração ilegal de madeira e a venda ilícita de animais silvestres – assassinato de lideranças indígenas, de trabalhadores rurais, de posseiros, de sindicalistas e até de missionários religiosos; (e) **questões de Direito Internacional** relacionadas à necessidade de integração regional com os países membros do Mercosul e das demais organizações de que o Brasil seja parte.

4.8. Qualquer alienação ou oneração de terras situadas na faixa de fronteira, sem a observância dos requisitos legais e constitucionais, é "nula de pleno direito", como diz a Lei 6.634/79, especialmente se o negócio imobiliário foi celebrado por entidades estaduais destituídas de domínio.

4.9. A alienação pelo Estado a particulares de terras supostamente situadas em faixa de fronteira não gera, apenas, prejuízo de ordem material ao patrimônio público da União, mas ofende, sobretudo, princípios maiores da Constituição Federal, relacionados à defesa do território e à soberania nacional.

4.10. O regime jurídico da faixa de fronteira praticamente não sofreu alterações ao longo dos anos desde a primeira Constituição Republicana de 1891, razão porque pouco importa a data em que for realizada a alienação de terras, devendo sempre ser observada a necessidade de proteção do território nacional e da soberania do País.

5. Da nulidade absoluta e da pretensão *querela nullitatis insanabilis*.

5.1. O controle das nulidades processuais, em nosso sistema jurídico, comporta dois momentos distintos: o primeiro, de natureza incidental, é realizado no curso do processo, a requerimento das partes, ou de ofício, a depender do grau de nulidade. O segundo é feito após o trânsito em julgado, de modo excepcional, por meio de impugnações autônomas. As pretensões possíveis, visando ao reconhecimento de nulidades absolutas, são a ação *querela nullitatis* e a ação rescisória, cabíveis conforme o grau de nulidade no processo originário.

5.2. A nulidade absoluta insanável - por ausência dos pressupostos de existência - é vício que, por sua gravidade, pode ser reconhecido mesmo após o trânsito em julgado, mediante simples ação declaratória de inexistência de relação jurídica (o processo), não sujeita a prazo prescricional ou decadencial e fora das hipóteses taxativas do art. 485 do CPC (ação rescisória). A chamada *querela nullitatis insanabilis* é de competência do juízo monocrático, pois não se pretende a rescisão da coisa julgada, mas apenas o reconhecimento de que a relação processual e a sentença jamais existiram.

5.3. A doutrina e a jurisprudência são unânimes em afirmar que a ausência de citação ou a citação inválida configuram nulidade absoluta insanável por ausência

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

de pressuposto de existência da relação processual, o que possibilita a declaração de sua inexistência por meio da ação querela nullitatis.

5.4. Na hipótese, pelo que alegam o INCRA e o Ministério Público Federal, as terras foram alienadas a particulares pelo Estado do Mato Grosso que não detinha o respectivo domínio, já que se trata de área supostamente situada na faixa de fronteira, bem pertencente à União desde a Carta Constitucional republicana de 1891. Ocorre que a ação de desapropriação foi proposta contra os particulares que receberam do Estado do Mato Grosso terras que não lhe pertenciam, jamais tendo participado do feito o legítimo titular do domínio – a União.

5.5. A União não participou do feito expropriatório e, ainda que tivesse participado, a simples alegação de que a área expropriada lhe pertence gera dúvida razoável quanto a uma das condições da ação, especificamente o interesse processual, pois, provado o domínio federal, desaparece a utilidade do processo, já que impossível desapropriar o que é próprio.

5.6. A pretensão *querela nullitatis* pode ser exercida e proclamada em qualquer tipo de processo e procedimento de cunho declaratório. A ação civil pública, por força do que dispõe o art. 25, IV, “b”, da Lei n.º 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público), pode ser utilizada como instrumento para a anulação ou declaração de nulidade de ato lesivo ao patrimônio público.

5.7. A ação civil pública surge, assim, como instrumento processual adequado à declaração de nulidade da sentença, por falta de constituição válida e regular da relação processual.

5.8. A demanda de que ora se cuida, embora formulada com a roupagem de ação civil pública, veicula pretensão *querela nullitatis*, vale dizer, objetiva a declaração de nulidade da relação processual supostamente transitada em julgado por ausência de citação da União ou, mesmo, por inexistência da própria base fática que justificaria a ação desapropriatória, já que a terra desapropriada, segundo alega o autor, já pertencia ao Poder Público Federal.

6. Do conteúdo da ação de desapropriação e da ausência de trânsito em julgado quanto às questões relativas ao domínio das terras desapropriadas.

6.1. A ação de desapropriação não transitou em julgado quanto à questão do domínio das terras expropriadas – até porque jamais foi discutida nos autos do processo –, mas tão somente quanto ao valor da indenização paga. Não houve, portanto, trânsito em julgado da questão tratada na presente ação civil pública. Apenas os efeitos desta, se julgados procedentes os pedidos, poderão, por via indireta, afetar o comando indenizatório contido na sentença da ação expropriatória já transitada em julgado.

6.2. A inexistência de coisa julgada material quanto à discussão sobre o domínio das terras desapropriadas afasta o fundamento de que se valeu o acórdão recorrido para extinguir o processo sem resolução de mérito por inadequação da via eleita. Com efeito, a ação civil pública é o instrumento processual adequado para se obter a declaração de nulidade de ato, ainda que judicial, lesivo ao patrimônio público, sobretudo quando consagra indenização milionária a ser suportada por quem já era titular do domínio da área desapropriada.

7. Da ausência de coisa julgada quando a sentença ofende abertamente o princípio constitucional da "justa indenização" - A Teoria da Coisa Julgada Inconstitucional.

7.1. O princípio da "justa indenização" serve de garantia não apenas ao particular – que somente será desapossado de seus bens mediante prévia e justa indenização, capaz de recompor adequadamente o acervo patrimonial expropriado –, mas também ao próprio Estado, que poderá invocá-lo sempre que necessário para evitar indenizações excessivas e descompassadas com a realidade.

7.2. Esta Corte, em diversas oportunidades, assentou que não há coisa julgada quando a sentença contraria abertamente o princípio constitucional da "justa indenização" ou decide em evidente descompasso com dados fáticos da causa ("Teoria da Coisa Julgada Inconstitucional").

7.3. Se a orientação sedimentada nesta Corte é de afastar a coisa julgada quando a sentença fixa indenização em desconformidade com a base fática dos autos ou quando há desrespeito explícito ao princípio constitucional da "justa indenização", com muito mais razão deve ser "flexibilizada" a regra, quando condenação milionária é imposta à União pela expropriação de terras já pertencentes ao seu domínio indisponível, como parece ser o caso dos autos.

8. A Primeira Seção, por ambas as Turmas, reconhece na ação civil pública o meio processual adequado para se formular pretensão declaratória de nulidade de ato judicial lesivo ao patrimônio público (*querela nullitatis*). Precedentes.

9. O provimento à tese recursal não implica julgamento sobre o mérito da causa, mas apenas o reconhecimento de que a ação civil pública é o instrumento processual adequado ao que foi postulado na demanda em razão de todo o substrato fático narrado na inicial. Assim, ultrapassada a preliminar de inadequação da via, caberá à Corte regional, com total liberdade, examinar o recurso de apelação interposto pelos ora recorridos.

10. Recursos especiais providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Meira, divergindo da Sra. Ministra-Relatora, a Turma, por maioria, dar provimento a ambos os recursos nos termos do voto do Sr. Ministro Castro Meira que lavrará o acórdão. Vencida a Sra. Ministra Eliana Calmon. Votaram com o Sr. Ministro Castro Meira os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques.

Brasília, 02 de março de 2010(data do julgamento).

Ministro Castro Meira
Relator p/Acórdão

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

SEGUNDA TURMA

Números Origem: 19380 200236000011386 200236000011390 200236000026057
200236000026074 200236000041450 200236000045725 9400015500 9500005859
9500009471

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CAETANA CINTRA SANTOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA
AGRÁRIA - INCRA

PROCURADOR : VALDEZ ADRIANI FARIAS E OUTRO(S)

RECORRIDO : OSMAR SCHNEIDER E OUTRO

ADVOGADO : FÁBIO SCHNEIDER E OUTRO(S)

RECORRIDO : ANTONIO MASCARENHAS JUNQUEIRA E OUTROS

ADVOGADO : ANTONIO CÉSAR PAES DE BARROS

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE
DIREITO PÚBLICO - Intervenção do Estado na Propriedade - Desapropriação
por Interesse Social Comum/L 4.132/1962

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em
epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto da Sra. Ministra Eliana Calmon, negando provimento aos
recursos, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Castro Meira."

Aguardam os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro
Campbell Marques.

Brasília, 02 de fevereiro de 2010.

VALÉRIA ALVIM DUSI

Secretária



VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA:

Em janeiro de 1987, com fundamento no Decreto Presidencial n.º 93.028/86, o INCRA propôs ação de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária contra Antônio Mascarenhas Junqueira e outros, objetivando a aquisição da posse e do domínio do imóvel denominado "Gleba Formosa", com área de 14.000 ha (quatorze mil hectares), situado no Município Mato Grossense de Vila Bela da Santíssima Trindade.

O processo transitou em julgado e, por ordem judicial, o INCRA emitiu diversas TDAs para indenização da terra nua e fez o pagamento de alguns precatórios, estando a dívida quitada apenas em parte.

Nesse ínterim, a autarquia expropriante ajuizou a presente ação civil pública contra o Estado do Mato Grosso e diversos particulares nominados na petição inicial para evitar a ocorrência de dano grave ao patrimônio público federal, com o objetivo de obter:

(a) a declaração de nulidade de registros imobiliários decorrentes de titulações feitas *a non domino* pelo Estado réu sobre terras devolutas situadas na faixa de fronteira do Brasil com a Bolívia, de titularidade federal desde a Constituição de 1891 até os dias atuais;

(b) o reconhecimento judicial de que não é devida qualquer indenização decorrente de ação expropriatória anteriormente ajuizada pelo INCRA contra os particulares que figuram como réus nesta ação; e

(c) a condenação ao ressarcimento de todos os valores que tenham sido pagos indevidamente com base no título judicial extraído da desapropriação.

O autor alega que o Estado do Mato Grosso transferiu o domínio de imóveis situados na denominada "Gleba Formosa", mediante a expedição de títulos definitivos de propriedade, sem ser o verdadeiro titular dessas terras, já que pertencem à União desde a Constituição de 1891 por estarem supostamente situadas em área de fronteira.

O Juízo de 1º Grau julgou procedentes os pedidos formulados na ação, determinando:

(a) o bloqueio dos títulos da dívida agrária já lançados e ainda não resgatados;

(b) a suspensão do processo de Execução n.º 00.0001938-8 em tramite na Seção Judiciária Federal do Mato Grosso, e dos precatórios dela decorrentes;

(c) a desobrigação de o INCRA emitir novas TDAs e o levantamento pela Autarquia de qualquer importância existente;

(d) o pagamento de custas e honorários fixados em 10% sobre o valor da causa.

O TRF da 1ª Região reformou a sentença por entender que "a ação civil pública (...) não tem serventia para buscar a anulação de venda de terras devolutas

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

por Estado-membro, posteriormente desapropriadas e com sentença passada em julgado, até mesmo porque não é sucedâneo serôdio da ação rescisória não proposta no biênio legal" (fl. 1556).

Assim, concluiu que, "transitada em julgado a sentença da ação de desapropriação (há mais de dez anos), depois do manejo de todos os recursos possíveis pelo expropriante, não se justifica a suspensão do pagamento do precatório à conta da alegação de que o imóvel expropriado, em tempos idos, fora vendido irregularmente por Estado-membro aos desapropriados" (fl. 1556).

Contra o acórdão, recorreram o INCRA e o Ministério Público Federal, sustentando, em síntese, violação dos arts. 1º e 5º da Lei 7.347/85; 267, 467, 468, 469 e 470, todos do CPC. Defendem, basicamente, a adequação da ação civil pública à pretensão perseguida na demanda.

A Sra. Ministra Eliana Calmon, relatora do caso, negou provimento aos dois recursos especiais, por entender que, "em respeito à coisa julgada e à segurança jurídica, incabível a ação civil pública, que, pela via transversa, busca declarar nulo o título de domínio, rescindir o julgado na ação de desapropriação e condenar os particulares a devolverem valores recebidos em cumprimento de uma ordem judicial".

Do voto que proferiu na assentada de 02 de fevereiro de 2010, transcrevo o seguinte fragmento:

Feitas essas observações, indago: é viável a aplicação *ipsis litteris* dessa construção jurisprudencial ao caso em apreço e permitir a declaração de nulidade dos títulos de domínio?

Entendo que peculiaridades da hipótese em apreço indicam que a resposta é negativa. Vejamos.

Relembro que, *in casu*, a ação de desapropriação ocorreu em 1987, com decisão transitada em julgado, tendo sido iniciado o processo de execução com a expedição dos Títulos da Dívida Agrária e precatórios.

Conforme relatado na sentença do 1º grau, os particulares já haviam recebido do erário federal, "entre dinheiro e títulos da dívida agrária, a quantia de R\$ 20.020.540,29 (vinte milhões e vinte mil e quinhentos e quarenta reais e vinte e nove centavos), pendendo ainda de pagamento o valor de R\$ 7.849.915,89 (sete milhões e oitocentos e quarenta e nove mil e novecentos e quinze reais e oitenta e nove centavos)" (fl. 1227).

A execução do processo foi interrompida em virtude da ação civil pública originária, que requer a declaração de nulidade dos títulos de domínio, bem como a devolução dos valores já pagos.

Preocupou-me sobremaneira o pleito dos ora recorrentes – INCRA e MPF – pela reforma do acórdão recorrido, que prestigiou a coisa julgada em detrimento de eventual nulidade na transferência patrimonial havida entre o Estado e os particulares.

Isso porque acolher a pretensão dos recorrentes vai além de reconhecer a possibilidade de discutir a dominialidade de um bem imóvel no curso de uma ação

desapropriatória. Envolve desprezar dois institutos jurídicos basilares: o título definitivo de propriedade e a coisa julgada. Não que eu defenda a imutabilidade de qualquer desses elementos, mas o nosso ordenamento jurídico prevê mecanismos próprios de desconstituição dos atos jurídicos e modificação da coisa julgada, com o fito de garantir o princípio constitucional da segurança jurídica.

Todavia, da forma como posta a situação em apreço, não vejo como é possível, em ação civil pública – de uma só vez – declarar nulo o título de domínio, rescindir o julgado na ação de desapropriação e condenar os particulares a devolverem valores recebidos em cumprimento de uma ordem judicial.

Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria e cheguei à conclusão diversa da que adotou a eminente Relatora, visto que:

(a) a faixa de fronteira é bem de uso especial da União pertencente a seu domínio indisponível, somente autorizada a alienação em casos especiais desde que observados diversos requisitos constitucionais e legais, sobretudo o assentimento prévio do Conselho Nacional de Defesa, sem o qual é "nulo de pleno direito" o negócio jurídico imobiliário;

(b) a ação civil pública é o instrumento processual adequado para veicular pretensão declaratória de nulidade de ato judicial (*querela nullitatis*), quando estiver presente no processo algum vício insanável que impeça a convalidação definitiva da sentença e afaste os efeitos da coisa julgada material;

(c) na ação de desapropriação não se discutiu a questão dominial, razão pela qual sobre ela não incidiu a coisa julgada, tendo sido examinada apenas a legitimidade do decreto expropriatório e o valor a ser indenizado;

(d) não há coisa julgada quando a sentença contraria abertamente o princípio constitucional da "justa indenização" ou decide em evidente descompasso com dados fáticos da causa ("Teoria da Coisa Julgada Inconstitucional");

(e) há precedentes de ambas as Turmas que reconhecem na ação civil pública o meio processual adequado para se formular pretensão declaratória de nulidade de ato judicial lesivo ao patrimônio público (*querela nullitatis*).

Examinemos, na sequência, cada um desses pontos.

A) O regime jurídico da faixa de fronteira e a natureza do vício decorrente de alienação por quem não detém o domínio

O domínio público sobre a porção do território nacional localizada na zona de fronteira com Estados estrangeiros sempre foi objeto de especial atenção legislativa, sobretudo constitucional. As razões dessa preocupação modificaram-se com o tempo, principalmente quando da sucessão do regime imperial para o republicano, mas sempre estiveram focadas nos imperativos de **segurança nacional** e de **desenvolvimento econômico**.

O Império do Brasil, herdeiro da tradição política portuguesa, preocupou-se sobretudo com a **ocupação das áreas** de fronteira, pois a efetiva colonização

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

permitiria ao País invocar o princípio romano do *uti possidetis ita possideatis*, segundo o qual o território pertenceria a quem o ocupasse, em respeito ao *status quo ante*.

Já a República viu na faixa de fronteira um **problema militar** relativo à segurança do território nacional.

De qualquer modo, em ambos os regimes políticos, qualquer que fosse a "razão" do Estado, sempre se entendeu indispensável estatuir um regime jurídico próprio, de estatura constitucional, para o domínio da área fronteiriça.

Em 1850, com a promulgação da Lei de Terras do Império, foi estabelecida uma faixa de 66 km que objetivava o estabelecimento de colônias militares para a preservação das fronteiras nacionais, ainda não totalmente definidas.

A primeira Constituição da República, de 1891, recepcionou a Lei de Terras, mantendo a largura de 66 km. Nos termos desse Diploma, todas as terras devolutas dentro dessa faixa eram de domínio da União, ao passo que as demais terras devolutas seriam de domínio dos respectivos Estados.

A Constituição de 1934 criou uma *faixa de segurança nacional*, com 100 km de largura, englobando a faixa de fronteira, e proibiu que os Estados concedessem títulos de terra nessa área sem a anuência do Conselho Superior de Segurança Nacional.

Na Constituição de 1937, a *faixa de segurança nacional* foi alargada até 150 km, mantendo-se a faixa de fronteira nos 66 km originais, para fins de concessão de títulos e limite de terras.

A Constituição de 1946 não fixou uma dimensão de largura para a *faixa de fronteira*, mas preservou o conceito de área de interesse da segurança nacional. Já a Constituição de 1967 e a Emenda n.º 01 de 1969, para alguns tida como uma nova Constituição, manteve o mesmo regramento da Carta de 1946.

A Constituição de 1988 também adotou o conceito de *faixa de fronteira*, sob a perspectiva de segurança e desenvolvimento, com dimensão fixada em 150 km. Nos termos do art. 20, II, "são bens da União (...) as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental". Já o § 2º desse dispositivo enuncia que "a faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, **é considerada fundamental para defesa do território nacional**, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei"(sem destaque no original).

A faixa de fronteira é bem de uso especial da União, pertencente a seu domínio indisponível, afetada a serviço público federal relevante, justificada não apenas como imperativo de segurança nacional, mas também diante da necessidade de efetiva ocupação do território.



A alienação pelo Estado a particulares de terras supostamente situadas em faixa de fronteira não gera, apenas, prejuízo ao patrimônio público federal, mas ofende, sobretudo, princípios maiores da Constituição Federal, relacionados à defesa do território e à soberania nacional.

Segundo o art. 91, § 1º, da CF/88, entre as suas poucas atribuições, compete ao Conselho de Defesa Nacional "(...) propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, **especialmente na faixa de fronteira** e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo", o que revela a especial atenção que o legislador constituinte dispensou a essa parcela significativa do território nacional, que abrange 588 municípios brasileiros localizados em 11 Estados.

Como visto, compete ao Conselho de Defesa Nacional propor os critérios e condições de utilização da faixa de fronteira. Trata-se de competência firmada por norma constitucional, dada a importância que a CF/88, bem como as anteriores a partir da Carta de 1891, atribuiu a essa parcela do território nacional.

Nos termos da Lei 6.634/79, recepcionada pela CF/88, a concessão ou alienação de terras públicas situadas em faixa de fronteira dependerá, **sempre**, de autorização prévia do Conselho de Segurança Nacional, hoje Conselho de Defesa Nacional.

Eis a redação do art. 2º, *verbis*:

Art. 2º. Salvo com o assentimento prévio do Conselho de Segurança Nacional, será vedada, na Faixa de Fronteira, a prática dos atos referentes a:

I - alienação e concessão de terras públicas, abertura de vias de transporte e instalação de meios de comunicação destinados à exploração de serviços de radiodifusão de sons ou radiodifusão de sons e imagens;

Já o art. 4º da Lei 6.634/79 impõe às autoridades públicas, sobretudo aos tabeliães e oficiais do registro, que exijam a prova do assentimento prévio para a concessão ou alienação de terras situadas em faixa de fronteira. Veja-se: "Art. 4º. As autoridades, entidades e serventuários públicos exigirão prova do assentimento prévio do Conselho de Segurança Nacional para prática de qualquer ato regulado por esta lei".

Essa regra também se aplica às juntas comerciais, como se observa do art. 5º: "Art. 5º. As Juntas Comerciais não poderão arquivar ou registrar contrato social, estatuto ou ato constitutivo de sociedade, bem como suas eventuais alterações, quando contrariarem o disposto nesta Lei".

O parágrafo único do art. 4º fixa multa, de até dez por cento do valor do negócio irregularmente realizado, aos tabeliães e servidores das juntas comerciais que não exigirem prova do assentimento prévio como condição para o registro dos negócios imobiliários:

Parágrafo único - Os tabeliães e Oficiais do Registro de Imóveis, bem como os servidores das Juntas Comerciais, quando não derem fiel cumprimento ao

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

disposto neste artigo, estarão sujeitos à multa de até 10% (dez por cento) sobre o valor do negócio irregularmente realizado, independentemente das sanções civis e penais cabíveis.

Por fim, diz o art. 6º, expressamente, que é "nulo de pleno direito" qualquer negócio realizado com imóvel situado em faixa de fronteira sem o assentimento prévio do Conselho de Defesa Nacional, antigo Conselho de Segurança Nacional, *verbis*:

Art. 6º. Os atos previstos no artigo 2º, quando praticados sem o prévio assentimento do Conselho de Segurança Nacional, serão nulos de pleno direito e sujeitarão os responsáveis à multa de até 20% (vinte por cento) do valor declarado do negócio irregularmente realizado.

O ato de assentimento prévio consiste em uma autorização preliminar essencial para a prática de determinados atos, para o exercício de determinadas atividades, para a ocupação e a utilização de terras ao longo da faixa de fronteira, considerada fundamental para a defesa do território nacional e posta sob regime jurídico excepcional, a teor do disposto no § 2º do art. 20, da Constituição Federal.

É por meio do assentimento prévio que o Estado brasileiro busca diagnosticar a forma de ocupação e exploração da faixa de fronteira, a fim de que se possam desenvolver atividades estratégicas específicas para o desenvolvimento do país, salvaguardando a segurança nacional.

Pelas características próprias da faixa de fronteira, bem jurídico que recebeu minucioso regramento constitucional e legal, qualquer alienação de imóvel nessa área sem observância da formalidade exigida, vicia de modo absoluto o negócio jurídico praticado, sujeitando os infratores à multa de 20% do valor do negócio irregularmente realizado.

O art. 6º da Lei 6.634/79 foi claro ao impor o vício de nulidade absoluta – ou "nulo de pleno direito" como diz a norma – ao negócio jurídico imobiliário realizado sem a observância do requisito formal do assentimento prévio.

O caso dos autos é extremamente mais grave, pois:

- (a) o imóvel foi negociado por Estado que não detinha o domínio da área;
- (b) as terras foram adquiridas por **particulares** sem o assentimento prévio do órgão federal competente;
- (c) o INCRA foi condenado a pagar indenização milionária por terras já pertencentes ao Poder Público Federal;
- (d) a área negociada ilicitamente fica na fronteira do Brasil com a Bolívia, que sempre mereceu atenção especial do Governo Federal, justamente por servir de via de acesso às principais rotas de tráfico de drogas, de contrabando de armas e de descaminho.

A faixa de fronteira não é apenas um bem imóvel da União, mas uma área de domínio sob constante vigilância e alvo de políticas governamentais específicas



relacionadas, sobretudo, às **questões de segurança pública e soberania nacional**. Além disso, a importância da área deve-se, também, à relação estreita que mantém com diversas outras questões igualmente relevantes para o Governo Federal, entre elas:

(a) **questões indígenas**, pois, segundo informações da Secretaria de Patrimônio da União, 30% da faixa de fronteira é ocupada por terras indígenas, já demarcadas ou não;

(b) **questões fundiárias** relacionadas à grilagem e conflito de terras;

(c) **questões sociais** da mais alta relevância, como a invasão de terras por movimentos sociais e a exploração de trabalhadores em regime de semiescravidão;

(d) **questões criminais** referentes ao narcotráfico, tráfico de armas, descaminho, crimes ambientais – como a exploração ilegal de madeira e a venda ilícita de animais silvestres – assassinato de lideranças indígenas, de trabalhadores rurais, de posseiros, de sindicalistas e até de missionários religiosos, como o famoso, e ainda não integralmente solucionado, caso da missionária norte-americana Dorothy Stang;

(e) **questões de Direito Internacional** relacionadas à necessidade de integração regional com os países membros do Mercosul e das demais organizações de que o Brasil seja parte. Sob a perspectiva da globalização, a fronteira deixa de ser elemento de separação e transforma-se em faixa de contato. Ali, não só apenas começam e terminam as soberanias formais, mas é local de cooperação regional e internacional, de integração cultural e comercial.

Não há dúvida, portanto, de que a faixa de fronteira é bem de uso especial da União pertencente ao seu domínio indisponível e somente poderá ser alienada ou cedida com autorização prévia do Conselho de Defesa Nacional – antigo Conselho de Segurança Nacional – e se forem observadas todas as limitações impostas tanto pela Constituição Federal quanto pelas leis regulamentadoras.

Qualquer alienação ou oneração de terras situadas na faixa de fronteira, sem a observância dos requisitos legais e constitucionais, é "nula de pleno direito", como diz a Lei 6.634/79, especialmente se o negócio imobiliário foi celebrado por entidades estaduais destituídas de domínio. Em outras palavras, o vício que inquina o negócio jurídico assim realizado é o de **nulidade absoluta**.

É importante frisar que o regime jurídico da faixa de fronteira, como visto, praticamente não sofreu alterações ao longo dos anos desde a primeira Constituição Republicana de 1891, razão porque pouco importa a data em que for realizada a alienação de terras.

Ainda sob o pálio da Constituição anterior, o STF, na sessão plenária de 03.12.69, editou a Súmula 477/STF, reconhecendo o domínio pleno da União sobre as terras de fronteira, ainda que inerte ou tolerante em face das concessões feitas pelo Estado a particulares.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Eis a redação do verbete: "Súmula 477/STF: As concessões de terras devolutas situadas na faixa de fronteira, feitas pelos Estados, autorizam, apenas, o uso, permanecendo o domínio com a União, ainda que se mantenha inerte ou tolerante, em relação aos possuidores".

Nos inúmeros julgados que deram origem à Súmula, a Suprema Corte consignou, em razão do regime jurídico próprio das terras de fronteira, que as concessões feitas pelo Estado a particulares devem ser interpretadas, **apenas**, como uma legitimação de uso, e não como transferência de domínio, justamente por serem bens de uso especial da União marcados pela nota da indisponibilidade.

Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes:

FAIXA DE FRONTEIRA - 1) Terras devolutas nelas situadas. São bens dominicais da União (Const. Fed., artigo 34, II; Lei nº. 2.597, de 12.9.55, artigo 2º). 2) - As concessões de terras devolutas situadas na faixa de fronteira, feitas pelos Estados anteriormente à vigente Constituição, devem ser interpretadas como legitimidade e uso, mas não a transferência do domínio de tais terras, em virtude da manifesta tolerância da União, e de expresse reconhecimento da legislação federal. 3) - O Estado concedente de tais terras é parte legítima para rescindir os contratos de concessão de terras devolutas por ele celebrados, bem como para promover o cancelamento de sua transcrição no Registro de Imóveis. (EDcl no RE 52.331/PR, Rel. Min. Evandro Lins e Silva, Tribunal Pleno, DJ de 24.06.64)

TERRAS DEVOLUTAS DE FRONTEIRAS - NULIDADE DA VENDA PELO ESTADO-MEMBRO. USUCAPIÃO DO DECRETO-LEI 9.760/46 - INAPLICABILIDADE DA LEI 2.437/55. I - As terras situadas na faixas ao longo das fronteiras nacionais, na largura prevista na Lei 601/1850 e Decreto. 1318/1854, em princípio, são do domínio da União, não sendo válidas as vendas delas feitas por Estados-membros, aos particulares, ressalvadas as exceções do art. 5º, do Decreto Lei nº 9.760/1.946. II - Os bens públicos imóveis da União não podem ser adquiridos por usucapião (C.C., art. 67; Dec. 22.785/33; Decreto Lei 9.760/46, art. 200) ressalvados os casos de "*praescriptio longis simi temporis*", a de 40 anos consumada antes de 1.917, e os do art. 5º, "e", do Decreto Lei 9.760/46. III- A lei 2.437/55, como disposição geral, não alterou o prazo de 20 anos da disposição especial do art. 5º, "e", do decreto Lei nº 9.760/46. (Introd. ao C.C art. 2º, § 2º). (ACO 132/MT, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, Tribunal Pleno, DJ de 09.11.73)

Nesse último precedente, o Tribunal Pleno firmou a tese de que é **nula** a concessão feita por Estado-membro a particulares das terras situadas na faixa de fronteira, já que são bens públicos pertencentes ao domínio indisponível da União, insuscetíveis, inclusive, de usucapião.

Nesses termos, ainda que a concessão do imóvel pelo Estado do Mato Grosso seja anterior à CF/88 e à própria Lei 6.634/79, não se altera a conclusão, pois o regime jurídico das terras de fronteira permaneceu praticamente inalterado desde a primeira Constituição republicana de 1891.

B) A nulidade absoluta e a pretensão *querela nullitatis insanabilis*



Como abordado no tópico anterior, a faixa de fronteira é bem de uso especial da União sujeita a regime de indisponibilidade, sendo absolutamente nulo o negócio jurídico realizado por pessoa que não detenha o respectivo domínio imobiliário.

Estabelecida a premissa, passamos a examinar os instrumentos processuais de supressão, ou correção, de decisões judiciais inexistentes ou nulas.

Os pressupostos processuais, segundo a doutrina, são os requisitos prévios necessários para que o processo seja considerado existente e desenvolvido de forma válida e regular. Podem ser classificados, basicamente, em três categorias:

- (a) pressupostos de existência da relação processual;
- (b) pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo; e
- (c) pressupostos de regularidade.

Os pressupostos de existência são essenciais à formação da relação jurídica processual, sem os quais o processo jamais chega a existir. A ausência acarreta a nulidade absoluta insanável do processo, que poderá, por força de sua natureza imprescritível, ser reconhecida a qualquer tempo, seja no processo, seja após o trânsito em julgado da sentença.

Os pressupostos de desenvolvimento válido e regular são necessários para que o procedimento, depois de formada a relação jurídica, possa desenvolver-se até atingir validamente o seu final (sentença). A ausência conduz à nulidade absoluta, reconhecível a qualquer tempo no processo, mas sujeita a prazo decadencial de dois anos da ação rescisória. Após esse tempo, o vício convalida-se em respeito ao princípio da segurança jurídica.

Já os pressupostos de regularidade são necessários à correção do procedimento. A ausência é causa de nulidade relativa, sanável no curso do processo, sob pena de preclusão.

Como bem acentua Paulo Roberto de Oliveira Lima, Desembargador Federal do TRF da 5ª Região, ao lado das sentenças meramente rescindíveis, existe a categoria das sentenças nulas, caso em que a nulidade pode ser reconhecida e decretada em embargos à execução ou em outro processo de natureza declaratória (*Contribuições à Teoria da Coisa Julgada*, Editora Revista dos Tribunais).

Nesse sentido, ensina Pontes de Miranda o seguinte:

A sentença proferida em processo, em que não houve citação, nem o réu compareceu, ou a citação foi nula ou revel foi o réu, é sentença nula de pleno direito, e não só rescindível. Por isso mesmo, o revel é autorizado a pedir-lhe a decretação da nulidade, fora da ação rescisória, nos simples embargos do devedor; ou, antes em *actio nullitatis*, ou em *exceptio nullitatis*. (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, vol. III, p. 102).

Segundo a conceituada doutrina de Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina,

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

(...) a coisa julgada é instituto cuja função é a de estender ou projetar os efeitos da sentença indefinidamente para o futuro. Com isso, pretende-se zelar pela segurança extrínseca das relações jurídicas, de certo modo em complementação ao instituto da preclusão, cuja função primordial é garantir a segurança intrínseca do processo, pois que assegura a irreversibilidade das situações jurídicas cristalizadas endoprocessualmente. Esta segurança extrínseca das relações jurídicas gerada pela coisa julgada material traduz-se na impossibilidade de que haja outra decisão sobre a mesma pretensão. (...) "a coisa julgada, enquanto fenômeno decorrente de princípio ligado ao Estado Democrático de Direito, convive com outros princípios fundamentais igualmente pertinentes. Ademais, como todos os atos oriundos do Estado, também a coisa julgada se formará se presentes pressupostos legalmente estabelecidos. Ausentes estes, de duas, uma: (a) ou a decisão não ficará acobertada pela coisa julgada, ou (b) embora suscetível de ser atingida pela coisa julgada, a decisão poderá, ainda assim, ser revista pelo próprio Estado, desde que presentes motivos preestabelecidos na norma jurídica, adequadamente interpretada. (*O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, págs. 21-25).

O processualista Cândido Rangel Dinamarco, ao tratar dos instrumentos processuais de supressão ou correção de decisões judiciais inexistentes ou nulas, pontua o seguinte:

A escolha dos caminhos adequados à infringência da coisa julgada em cada caso concreto é um problema bem menor e de solução não muito difícil, a partir de quando se aceite a tese da relativização dessa autoridade - esse, sim, o problema central, polêmico e de extraordinária magnitude sistemática, como procurei demonstrar. Tomo a liberdade de tomar à lição de Pontes de Miranda e do leque de possibilidades que sugere, como: a) a propositura de nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada; b) a resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo; e c) a alegação incidenter tantum em algum outro processo, inclusive em peças defensivas.

.....

A casuística levantada demonstra que os tribunais não têm sido particularmente exigentes quanto à escolha do remédio técnico-processual ou da via processual ou procedimental adequada ao afastamento da coisa julgada nos casos em exame. Em caso de sentença proferida sem a regular citação do réu, admitiu o Supremo Tribunal Federal que esse vício tanto pode ser examinado em ação rescisória, quanto mediante embargos à execução se for o caso (sentença condenatória) ou ainda em 'ação declaratória de nulidade absoluta e insanável da sentença' (voto condutor: Min. Moreira Alves). Para a hipótese específica de desobediência às regras do litisconsórcio necessário-unitário, também venho sustentando essa ampla abertura de vias processuais, cabendo ao interessado optar pela que mais lhe convenha - seja a ação rescisória, mandado de segurança se houver liquidez-e-certeza, ação declaratória de ineficácia etc. (essas idéias estão em monografia sobre o tema do litisconsórcio, referindo e apoiando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal).

A ação autônoma a que alude o Supremo Tribunal Federal é aquela sugerida por Piero Calamandrei, segundo o qual 'o único meio adequado contra a sentença nula será a ação declaratória negativa de certeza, mediante a qual, sem aportar modificação alguma ao mundo jurídico, far-se-á declarar o caráter negativo que o conteúdo da sentença trouxe consigo desde o momento de sua concepção'. O Supremo, corretamente, ao aceitar o alvitre dessa ação autônoma não a toma como caminho único para o resultado pretendido (*Coisa Julgada Inconstitucional* — Coordenador Carlos Valder do Nascimento - 2ª edição, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 69).

O controle das nulidades processuais, em nosso sistema jurídico, comporta dois momentos distintos: o **primeiro**, de natureza incidental, é realizado no curso do processo, a requerimento das partes, ou de ofício, a depender do grau de nulidade. O **segundo** é feito após o trânsito em julgado, de modo excepcional, por meio de impugnações autônomas. As pretensões possíveis, visando ao reconhecimento de nulidades absolutas, são a ação *querela nullitatis* e a ação rescisória, cabíveis conforme o grau de nulidade no processo originário.

A nulidade absoluta insanável – por ausência dos pressupostos de existência – é vício que, por sua gravidade, pode ser reconhecido mesmo após o trânsito em julgado, mediante simples ação declaratória de inexistência de relação jurídica (o processo), não sujeita a prazo prescricional ou decadencial e fora das hipóteses taxativas do art. 485 do CPC (ação rescisória). A chamada *querela nullitatis insanabilis* é de competência do juízo monocrático, pois não se pretende a rescisão da coisa julgada, mas apenas o reconhecimento de que a relação processual e a sentença jamais existiram.

Esse tipo de nulidade absoluta nem sempre está previsto, expressamente, no Código de Processo Civil. Deriva, por vezes, da análise do que vem a ser uma relação jurídica existente, somada à falta de previsão para a incidência da ação rescisória no caso concreto.

Na hipótese dos autos, pelo que alegam o INCRA e o Ministério Público Federal, as terras foram alienadas a particulares pelo Estado do Mato Grosso que não detinha o respectivo domínio, já que se trata de área supostamente situada na faixa de fronteira, bem pertencente à União desde a Carta Constitucional republicana de 1891.

Caso se confirme o domínio federal sobre as terras expropriadas, padecerá a ação expropriatória de graves vícios de nulidade, especificamente a falta de interesse de agir – traduzida no trinômio necessidade, utilidade e adequação – e a impossibilidade jurídica do pedido.

É o que se observa dos seguintes precedentes que colaciono:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. TERRAS DE FRONTEIRA. DEBATE ACERCA DA PROPRIEDADE PÚBLICA DOS IMÓVEIS. POSSIBILIDADE. CONDIÇÃO DA AÇÃO: POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTS. 20 E 34 DO DL 3.365/1941. INAPLICABILIDADE.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

1. Hipótese em que se discute a possibilidade de debate sobre o domínio público das terras objeto de Ação de Desapropriação, por tratar-se, excepcionalmente, de possibilidade jurídica do pedido (alega-se que o bem pertence ao expropriante).

2. Há dissídio entre os entendimentos das Turmas que compõem a Primeira Seção. A Primeira Turma admite a discussão no bojo da Ação de Desapropriação. A Segunda Turma interpreta os arts. 20 e 34 do DL 3.365/1941 para vedar essa possibilidade.

3. Na década de 50, o Estado do Paraná titularizou as terras de fronteira, ora em litígio, a diversos particulares que não eram, necessariamente, os então possuidores. Deflagrou-se conflito pela posse e pelo domínio das áreas.

4. A União, com o intuito de pacificar a situação, resolveu desapropriar os imóveis na década de 70 e retitulá-los em proveito de determinados possuidores.

5. O egrégio STF, ao analisar a questão do domínio dessas áreas, em demandas específicas, entendeu tratar-se de imóveis da União (terras de fronteira). Nessa condição, o Estado não poderia transferir o domínio a quem quer que fosse (Súmula 477/STF).

6. O Incra passou a defender a impossibilidade de prosseguimento das desapropriações, por falta de condição da ação (interesse, legitimidade e, especialmente, possibilidade jurídica).

7. O art. 20 do DL 3.365/1941 impede, em regra, a discussão sobre o domínio nas Ações de Desapropriação. De modo coerente, o art. 34, parágrafo único, veda o levantamento da indenização no caso de dúvida quanto ao domínio (o que pressupõe o depósito pelo expropriante).

8. Ocorre que esses dispositivos legais (arts. 20 e 34 do DL 3.365/1941) referem-se à questão dominial entre particulares e são inaplicáveis se a dúvida recair sobre a possibilidade de desapropriação, no caso de o imóvel pertencer ao expropriante.

9. A dúvida relativa ao proprietário privado do imóvel (não é o caso dos autos) é irrelevante para o andamento da desapropriatória, pois, de qualquer forma, a indenização haverá de ser depositada pelo Poder Público.

10. A discussão quanto ao proprietário privado somente é relevante para definir quem levantará o depósito, e não para fixar o dever de depositar ou apurar o seu *quantum*. Por essa razão, o art. 20 do DL 3.365/1941 refere-se à contestação da desapropriação, que é apresentada, evidentemente, pelo expropriado.

11. O art. 20 do DL 3.365/1941 é dispositivo inscrito em favor do Poder Público, que prestigia a celeridade processual e o interesse social. Seria paradoxal interpretá-lo de modo a compelir a União a pagar por imóvel que lhe pertence.

12. No caso dos autos, a dúvida refere-se ao domínio da União sobre as terras a serem desapropriadas. É evidente que seus imóveis não podem ser objeto de Ação de Desapropriação, muito menos quando por ela intentada.

13. O debate sobre a propriedade, nessa hipótese excepcional, prejudica a existência da ação expropriatória. Trata-se de óbice ao desenvolvimento válido do processo, cujo enfrentamento não pode ser evitado ou adiado pelo Judiciário, sob pena de condenar absurdamente a União a pagar por imóvel que lhe pertence, o qual foi, a seguir, retitulado em favor dos particulares.

14. Compreender de modo diverso oneraria de maneira injustificável o Erário

e a máquina judicial, dando seguimento a centenas de processos sem condições de desenvolvimento válido (impossibilidade jurídica do pedido).

15. Em síntese, é possível o debate acerca do domínio público dos imóveis, no bojo da Ação de Desapropriação, desde que suscitado pela própria entidade pública a quem caberia pagar por eventual indenização.

16. Embargos de Divergência não providos. (REsp 783.840/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, DJ de 14.09.09 - sem destaques no original).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DESAPROPRIAÇÃO. TERRAS SITUADAS EM FAIXA DE FRONTEIRA. REGULARIZAÇÃO DE QUESTÕES FUNDIÁRIAS. DISCUSSÃO ACERCA DO DOMÍNIO NO ÂMBITO DA AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA.

1. Para que a ação de desapropriação possa desenvolver-se validamente, como qualquer outra, devem estar presentes as chamadas condições da ação, tais como a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual.

2. A ausência das condições da ação, aliás, por constituir matéria de ordem pública, pode ser reconhecida até mesmo de ofício pelas instâncias ordinárias, não se podendo falar, desse modo, em julgamento extra ou ultra petita.

3. A questão relativa ao domínio, por situar-se, na presente hipótese, entre as condições da ação, pode ser analisada nos próprios autos da desapropriação, desde que a controvérsia acerca do tema se estabeleça entre expropriante e expropriado. Com efeito, não se pode retirar a propriedade de quem não a tem, daí a necessidade de se analisar a validade dos títulos de propriedade das terras situadas em faixa de fronteira, alienadas a terceiros pelo Estado do Paraná.

4. Por outro lado, se a dúvida sobre o domínio estiver situada entre a parte expropriada e um terceiro, particular, que também diz ter o domínio do bem expropriado e, por esse motivo, pretende entrar na disputa da indenização que vier a ser fixada, deve predominar a regra contida no parágrafo único do art. 34 do Decreto-Lei 3.365/41, que ressalva aos interessados a ação própria para disputa do preço, o qual deverá ficar em depósito.

5. *"O afastamento da orientação jurisprudencial dominante torna-se, na hipótese, medida imperiosa, sem caracterizar violação à uniformização, porquanto a dúvida quanto à legitimidade dos títulos é real e concreta, demonstrável prima facie evidente, inclusive com orientações firmadas há décadas pelo Pretório Excelso"* (REsp 784.167/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 5.5.2008; REsp 752.944/PR, 1ª Turma, Rel. p' acórdão Min. Luiz Fux, DJe de 4.9.2008).

6. *"Cabível, no seio da ação de desapropriação em comento, a discussão atinente à titularidade das terras ao argumento de que há contornos específicos no caso (violência e disputa de terras concedidas a non domino) e, ainda em 'respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa e realização dos princípios da instrumentalidade das formas e da efetividade da prestação jurisdicional'"* (REsp 769.244/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 22.9.2008).

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

7. Embargos de divergência providos, para negar provimento ao recurso especial interposto pelo Estado do Paraná. (EREsp 761.135/PR, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Seção, DJ de 16.11.09 - sem destaques no original).

Assim, a simples existência de dúvida relevante quanto às condições do feito expropriatório torna possível, em tese, o desfazimento da decisão definitiva de mérito por meio de ação declaratória de nulidade de ato judicial (*querela nullitatis*), pois os vícios que se alegam, por sua gravidade, se acolhidos, terão força suficiente para nulificar o processo e, por consequência, afastar os efeitos preclusivos da coisa julgada.

A pretensão *querela nullitatis* pode ser exercida e proclamada em qualquer tipo de processo e procedimento de cunho declaratório. A ação civil pública é o instrumento processual, por natureza, para a anulação ou declaração de nulidade de ato lesivo ao patrimônio público.

Na hipótese dos autos, a sentença proferida na ação de desapropriação é potencialmente lesiva ao patrimônio federal. **A simples alegação de que a área expropriada pertence à União gera dúvida razoável quanto às condições da ação, especificamente o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido. Provado o domínio federal, desaparecerá a possibilidade do pedido e a utilidade do processo, já que não se desapropria o que é próprio.**

A ação civil pública surge, assim, como instrumento processual adequado à declaração de nulidade da sentença, por falta de constituição válida e regular da relação processual.

A natureza de uma ação independe de nomenclatura. Não é o título que se atribui à demanda que baliza a sua condição. Apenas os fundamentos que a embasam e os pedidos formulados pelo autor é que importam para definir-se a sua natureza específica.

A demanda de que ora se cuida, embora formulada com a roupagem de ação civil pública, revela pretensão *querela nullitatis*, vale dizer, objetiva a declaração de nulidade da relação processual, supostamente transitada em julgado, por inexistência da própria base fática que justificaria a ação desapropriatória, já que a terra desapropriada, segundo alega o autor, já pertencia ao Poder Público Federal.

Onde quer que haja direito violado deve existir, também, um meio judicial de debelar a ofensa. Portanto, é a ação civil pública o instrumento adequado para pleitear-se a declaração de nulidade de processo judicial que, embora com a aparência formal de coisa julgada, sofre de suposta nulidade absoluta insanável, causadora de prejuízos patrimoniais à União.

C) O conteúdo da ação de desapropriação e a ausência de trânsito em julgado quanto às questões relativas ao domínio das terras desapropriadas

Há outro fato que demonstra o cabimento da ação civil pública: a ação de desapropriação não transitou em julgado quanto à questão do domínio das terras



expropriadas – até porque jamais foi discutida nos autos do processo –, mas tão somente quanto ao valor da indenização paga.

A Primeira Seção, ao examinar ações de desapropriação movidas pelo INCRA para a regularização de terras situadas à Oeste do Paraná na faixa de fronteira, assentou que é possível a discussão sobre o domínio das terras desapropriadas nos próprios autos da desapropriação.

Eis o que restou julgado nos EREsp 753.188PR, *verbis*:

(...) é viável debater sobre o domínio em ação expropriatória movida pelo INCRA contra particulares que receberam do Estado do Paraná títulos de propriedade de terras devolutas da UNIÃO situadas em faixa de fronteira. Impedir o INCRA de discutir a regularidade do título dominial em desapropriações de terras localizadas na faixa de fronteira implica impor à União a obrigação de indenizar área de sua propriedade para, só depois e em ação distinta, discutir a nulidade do título translativo da propriedade. O que, segundo os modernos princípios processuais, mostra-se desarrazoado (EREsp 753.188PR, Rel. Min. Humberto Martins, 1ª Seção, DJ de 16.11.09).

A possibilidade de o INCRA discutir o domínio das terras na própria ação expropriatória limita-se, é claro, àquelas situações em que o fato – propriedade da terra pertencente à União – já era sabido quando do ajuizamento da lide ou tornou-se conhecido no curso dela. Logicamente, se a autarquia expropriante somente tomou ciência do fato após o término do processo, nada a impede de postular a desconstituição do julgado por meio de ação declaratória, não sujeita a prazo prescricional, já que a força preclusiva material da coisa julgada não tem aptidão para abarcar situações, ou questões jurídicas, por ela não abrangidas.

No caso, a ação de desapropriação não tratou, em momento algum, da dominialidade das terras. Pelo contrário, partindo do pressuposto de que as terras efetivamente pertenciam aos expropriados, cuidou apenas de fixar o montante devido a título de "justa indenização", nada mais.

Não houve, portanto, trânsito em julgado da questão tratada na presente ação civil pública. Apenas os efeitos desta, se julgados procedentes os pedidos, poderão, por via indireta, afetar o comando indenizatório contido na sentença da ação expropriatória já transitada em julgado.

Essa questão – da ausência de trânsito em julgado – foi muito bem examinada na sentença, que reproduzo:

Nego albergue também à defesa processual consubstanciada na alegada impossibilidade jurídica do pedido ante a coisa julgada material vertida no processo de desapropriação, ora ainda em execução, ou na impropriedade da via judicial manuseada pelos Autores. Há que se registrar que tanto o decreto expropriatório quanto a ação de desapropriação ajuizada partiram de pressuposto errôneo e irregular, qual seja de que o imóvel denominado "Gleba Formosa" fosse de domínio particular. Ora, caracterizado que tratava-se de domínio da União

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Federal, evidente que esta e o INCRA podem e devem manusear os instrumentos legais necessários para reaver aquilo que foi indevidamente despendido pelo Poder Público para pagar a quem não era proprietário do imóvel desapropriado.

A coisa julgada da sentença exarada no processo de desapropriação refere-se apenas aos valores da indenização, não podendo servir de albergue para situações desconhecidas à época da propositura da ação ou para impor pagamentos indevidos ao erário público, favorecendo o enriquecimento ilícito daqueles que não eram os senhores dominiais do imóvel rural objeto da controvérsia.

O Poder Público Federal não pode ser compelido a pagar quase trinta milhões de reais por terra que já lhe pertencia, principalmente porque essa situação não foi debatida nos autos da desapropriação. Portanto, a coisa julgada material não pode ser invocada para impedir a discussão jurídica quanto à dominialidade do bem quando esta não foi ventilada no processo de desapropriação. Esta controvérsia não foi resolvida pela sentença exequenda, que estabeleceu seus limites apenas quanto aos aspectos indenizatórios, não sendo questionados até então os títulos dos Requeridos. Destarte, encontra-se livre o caminho para que a União Federal e o INCRA possam questionar judicialmente os títulos concedidos e/ou alienados pelo Estado do Mato Grosso, a titularidade e o pagamento da indenização arbitrada no feito expropriatório. Não há impedimentos jurídicos ao pedido vertido na inicial e nem à modalidade de ação manuseada pelos Requerentes para nulificar a matrícula e o registro respectivo do imóvel. Aliás, o art. 1º, § 1º, I e III, da Lei 9.871/99 recomenda que seja intentada ação para se reconhecer a nulidade do título dominial e o cancelamento do seu registro (fls. 1536-1537).

Alguns acórdãos da Primeira Seção desta Corte fixaram a tese de que a questão sobre o domínio não tratada na ação de desapropriação afasta a alegação de coisa julgada, o que permitirá a parte interessada discuti-la por meio de ação própria, como ocorre no caso concreto.

Como referência, cito os seguintes precedentes:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA. PARQUE NACIONAL DO IGUAÇU. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO TRANSITADA EM JULGADO. DETERMINAÇÃO PARA LEVANTAMENTO DA INDENIZAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO DO INCRA. RETITULAÇÃO DOS EXPROPRIADOS EM OUTRO IMÓVEL. DOMÍNIO DA ÁREA EXPROPRIADA RECONHECIDO POR DECISÃO DO STF COMO SENDO DA UNIÃO. INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA EM SE TRATANDO DE DISCUSSÃO SOBRE DOMÍNIO. OFENSA AO ART. 467 DO CPC QUE SE RECONHECE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS LEGAIS DITOS VULNERADOS. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, CPC. NÃO-CONHECIMENTO. SÚMULA 284/STF.

1. Tratam os autos de agravo de instrumento interposto pelo Incra insurgindo-se contra pedido de levantamento de indenização formulado pelos expropriados, referente à terra nua, fundado em sentença homologatória de acordo com o que transitou em julgado. O TRF/4ª Região negou provimento ao agravo sob o fundamento de que acolher a pretensão do Incra redundaria em ofensa à

coisa julgada, pois a sentença homologatória do acordo celebrado pelas partes, prolatada em novembro de 1999, transitou em julgado. Além disso, a retitulação não impede o pagamento de indenização. Recurso especial do Incra fundamentado na alínea "a" indicando violação dos arts. 467 e 468 do CPC; 6º, § 2º, da LC 76/93; 964 do CC/1916 e 884 do CC/2002.

5. A jurisprudência desta Corte já se manifestou em situações similares, no sentido de que não faz coisa julgada a questão referente ao domínio em sede de ação expropriatória. Precedentes: REsp 621.403/PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 02.05.2005; AgRg no REsp 512.481/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 06.12.2004.

6. Por expressa disposição legal (art. 34, parágrafo único, do DL 3.365/41), não se discute domínio em sede de ação de desapropriação. Como consequência, não pode transitar em julgado aquilo que não foi objeto da decisão. Ofensa ao art. 467 do CPC que se reconhece.

7. O art. 6º, § 1º, da LC 76/93 não autoriza o levantamento de indenização decorrente de desapropriação em caso de dúvida sobre o domínio do bem. Recurso provido para obstar o pagamento do preço.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido para, reformando o acórdão de segundo grau, dar provimento ao agravo de instrumento do Incra e suspender o levantamento da indenização até que haja solução quanto à questão dominial. (REsp 903.339/PR, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ de 30.08.07)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. DEMORA DA CITAÇÃO POR MOTIVO INERENTE AO MECANISMO DA JUSTIÇA. DECADÊNCIA AFASTADA (SÚMULA 106/STJ). INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À LEI OU DE VIOLAÇÃO À COISA JULGADA, PELO ACÓRDÃO RESCINDENDO.

1. "Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência" (Súmula 106/STJ).

2. A questão a respeito da legitimidade ou não do domínio não foi, nem poderia ter sido, objeto de juízo no âmbito da ação de desapropriação, julgada no acórdão rescindendo. O tema relativo à legitimidade dos títulos de propriedade foi suscitada apenas indiretamente, como fundamento para se decidir a respeito da possibilidade ou não do levantamento do depósito do preço. Sobre tal matéria, portanto, não há coisa julgada, a qual atinge apenas a parte dispositiva da decisão e não a motivação, conforme preceitua o art. 469, I, do CPC.

3. Não há censura a se impor ao acórdão rescindendo, que, por não considerar presente, nos autos, dúvida fundada sobre o domínio, autorizou o imediato pagamento da indenização aos que figuravam no processo como expropriados, até porque tal autorização não é atestado de domínio incontestável. Não há, portanto, impedimento para que, em ação própria, se discuta o domínio, e, se for o caso, se busque a repetição de indébito.

4. Ação rescisória improcedente. (AR 2.074/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, Primeira Seção, DJ de 29.06.09 - sem destaque no original)

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

A inexistência de coisa julgada material quanto à discussão sobre o domínio das terras desapropriadas afasta o fundamento de que se valeu o acórdão recorrido para extinguir o processo sem resolução de mérito por inadequação da via eleita. Com efeito, a ação civil pública é o instrumento processual adequado para se obter a declaração de nulidade de ato, ainda que judicial, lesivo ao patrimônio público, sobretudo quando consagra indenização milionária a ser suportada por quem supostamente já era titular do domínio da área desapropriada.

D) A ausência de coisa julgada quando a sentença ofende abertamente o princípio constitucional da "justa indenização" - A Teoria da Coisa Julgada Inconstitucional

Outro ponto relevante para o deslinde da questão posta a julgamento diz respeito à denominada "Teoria da Coisa Julgada Inconstitucional". O então Ministro José Delgado, ao examinar a problemática das vultosas indenizações pagas pela criação de áreas de proteção ambiental, asseverou o seguinte:

A supremacia do princípio da moralidade exige que o Estado, por qualquer um dos seus três Poderes, atue de modo subordinado às suas regras e seja condutor dos valores a serem cumpridos pela organização social.

No particular, a decisão judicial, expressão maior da atuação do Poder Judiciário, deve expressar compatibilidade com a realidade das coisas e dos fatos naturais, harmonizando-se com os ditames constitucionais e ser escrava obediente da moralidade e da legalidade.

Nenhuma prerrogativa excepcional pode ser outorgada à sentença judicial que provoque choque com o sistema constitucional adotado pela Nação e que vá além dos comandos emitidos pelos princípios acima mencionados.

O *decisum* judicial não pode ter carga de vontade da pessoa que o emitiu. Ele deve representar a finalidade determinada pela lei, por ser essa configuração uma exigência da opção pelo regime democrático que fez a Nação.

O Estado, em sua dimensão ética, não protege a sentença judicial, mesmo transitada em julgado, que bate de frente com os princípios da moralidade e da legalidade, que espelhe única e exclusivamente vontade pessoal do julgador e que **vá de encontro à realidade dos fatos.**

.....

O avanço das relações econômicas, a intensa litigiosidade do cidadão com o Estado e com o seu semelhante, o crescimento da corrupção, a instabilidade das instituições e a necessidade de se fazer cumprir o império de um Estado de Direito centrado no cumprimento da Constituição que o rege e das leis com ela compatíveis, a necessidade de um atuar ético por todas as instituições políticas, jurídicas, financeiras e sociais, tudo isso submetido ao controle do Poder Judiciário, quando convocado para solucionar conflitos daí decorrentes, são fatores que têm feito surgir uma grande preocupação, na atualidade, com o fenômeno produzido por sentenças injustas, por decisões que violam o círculo da moralidade e os limites da legalidade, que afrontam princípios da Carta Magna e que teimam em desconhecer o estado natural das coisas e das relações entre os homens.

A sublimação dada pela doutrina à coisa julgada, em face dos fenômenos instáveis supracitados, não pode espelhar a força absoluta que lhe tem sido dada, sob o único argumento que há de se fazer valer o império da segurança jurídica.

Há de se ter como certo que a segurança jurídica deve ser imposta. **Contudo, essa segurança jurídica cede quando princípios de maior hierarquia postos no ordenamento jurídico são violados pela sentença, por, acima de todo esse aparato de estabilidade jurídica, ser necessário prevalecer o sentimento do justo e da confiabilidade nas instituições.**

A sentença não pode expressar comando acima das regras postas na Constituição nem violentar os caminhos da natureza, por exemplo, determinando que alguém seja filho de outrem, quando a ciência demonstra que não o é. Será que a sentença, mesmo transitada em julgado, tem valor maior que a regra científica? É dado ao juiz esse 'poder' absoluto de contrariar a própria ciência? A resposta, com certeza, é de cunho negativo.

A sentença transitada em julgado, em época alguma, pode, por exemplo, ser considerada definitiva e produtora de efeitos concretos, quando determinar, com base exclusivamente em provas testemunhais e documentais, que alguém é filho de determinada pessoa e, posteriormente, exame de DNA comprove o contrário.

Não é demais lembrar que os fatos originariamente examinados pela sentença nunca transitam em julgado (art. 469, II, do CPC). Podem, conseqüentemente, ser revistos em qualquer época e produzirem novas situações jurídicas, em situações excepcionais.

A sentença não pode modificar laços familiares que foram fixados pela natureza.

(...)

Essas teorias sobre a coisa julgada devem ser confrontadas, na época contemporânea, se a coisa julgada ultrapassar os limites da moralidade, o círculo da legalidade, transformar fatos não verdadeiros em reais e violar princípios constitucionais, com as características do pleno Estado de Direito que convive impelido pelas linhas do regime democrático e que há de aprimorar as garantias e os anseios da cidadania. (*Pontos Polêmicos das Ações de Indenização de Áreas Naturais Protegidas - Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais*, publicado na Revista de Processo, ano 26, v. 103, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, págs. 9-36 - sem destaques no original).

Na seqüência, teceu as seguintes afirmações:

- a) A grave injustiça não deve prevalecer em época nenhuma, mesmo protegida pelo manto da coisa julgada, em um regime democrático, porque ela afronta a soberania da proteção da cidadania.
- b) A coisa julgada é uma entidade definida e regrada pelo direito formal, via instrumental, que não pode se sobrepor aos princípios da legalidade, da moralidade, da realidade dos fatos, das condições impostas pela natureza ao homem e às regras postas na Constituição.
- c) A sentença, ato do juiz, não obstante atuar como lei entre as partes, não pode ter mais força do que as regras constitucionais.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

d) A segurança jurídica imposta pela coisa julgada há de imperar quando o ato que a gerou, a expressão sentencial, não esteja contaminada por desvios graves que afrontem o ideal de justiça.

e) A segurança jurídica da coisa julgada impõe certeza. Esta não se apresenta devidamente caracterizada no mundo jurídico quando não ostentar, na mensagem sentencial, a qualidade do que é certo, o conhecimento verdadeiro das coisas, uma convicção sem qualquer dúvida. A certeza imposta pela segurança jurídica é a que gera estabilidade. Não a que enfrenta a realidade dos fatos. A certeza é uma forma de convicção sobre determinada situação que se pretende objetiva, real e suficientemente subjetiva. Ela demonstra evidência absoluta e universal, gerando verdade.

f) Há de prevalecer o manto sagrado da coisa julgada quando esta for determinada em decorrência de caminhos percorridos com absoluta normalidade na aplicação do direito material e do direito formal.

g) A injustiça, a imoralidade, o ataque à Constituição, a transformação da realidade das coisas quando presentes na sentença viciam a vontade jurisdicional de modo absoluto, pelo que, em época alguma, ela transita em julgado.

h) Os valores absolutos de legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor segurança jurídica. Aqueles são pilares, entre outros, que sustentam o regime democrático, de natureza constitucional, enquanto esse é valor infraconstitucional oriundo de regramento processual (*idem, ibidem*).

Nesse estudo, o então Ministro José Delgado cita dois exemplos de "sentenças injustas, ofensivas aos princípios da legalidade e da moralidade e atentatórias à Constituição". São eles:

(a) a sentença que declara existente um fato que não está adequado à realidade; e

(b) a sentença que não atende ao princípio da justa indenização fixada em ação de desapropriação.

No caso dos autos, a sentença da ação expropriatória partiu de premissas fáticas inexistentes, quais sejam, a de que a terra pertencia aos expropriados e a de que havia interesse da União, representada pelo INCRA, na desapropriação da área.

Por outro lado, a sentença, ainda que de modo inconsciente e involuntário, não atentou para o princípio da "justa indenização" ao condenar a União a pagar por terras que já lhe pertenciam.

Portanto, os dois exemplos de "sentenças injustas" acomodam-se, perfeitamente, na hipótese em exame.

O professor Cândido Rangel Dinamarco, ao tratar da fixação do valor indenizatório nas ações de desapropriação à luz dos princípios da justa indenização e da moralidade administrativa, sustenta a tese de que a coisa julgada não prevalece quando contraria esses princípios, *verbis*:

Aparentemente, a garantia da justa e prévia indenização poderia parecer destinada com exclusividade ao resguardo do direito de propriedade e, portanto,

configurar-se apenas como uma proteção endereçada aos particulares em face do Estado, sem ter também este como destinatário. Essa insinuação vem não só da topologia da garantia, situada no capítulo dos direitos e garantias individuais e coletivos, mas também de sua própria redação. Os precedentes jurisprudenciais que se formaram a esse respeito, todavia, apóiam-se, ainda que não tão explicitamente, em uma visão bipolar da garantia expressa pelo inc. XXIV do art. 5º constitucional. Nessa perspectiva, o preço justo figura como uma garantia com que ao mesmo tempo a Constituição Federal quer proteger a efetividade do direito de propriedade e também resguardar o Estado contra excessos indenizatórios. Nem haveria como entender de modo diferente o emprego do adjetivo justo, dado que a própria justiça é em si mesma um conceito bilateral, não se concebendo que algo seja 'justo' para um sujeito sem sê-lo para outro. Não se faz 'justiça' à custa de uma injustiça." (*Coisa Julgada Inconstitucional* — Coordenador Carlos Valder do Nascimento - 2ª edição, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, págs. 63-65).

O autor defende que o princípio da "justa indenização" serve de garantia não apenas ao particular – que somente será desapossado de seus bens mediante prévia e justa indenização, capaz de recompor adequadamente o acervo patrimonial expropriado –, mas também ao próprio Estado, que poderá invocá-lo sempre que necessário para evitar indenizações excessivas e descompassadas com a realidade.

Esta Corte, em diversas oportunidades, assentou que não há coisa julgada quando a sentença contraria abertamente o princípio constitucional da "justa indenização" ou decide em evidente descompasso com dados fáticos da causa ("Teoria da Coisa Julgada Inconstitucional"), como se observa do seguinte precedente:

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO. FASE EXECUTÓRIA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ACOLHIMENTO. ERRO DA SENTENÇA QUANDO DA DETERMINAÇÃO DO MARCO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA. COISA JULGADA. PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA JUSTA INDENIZAÇÃO.

1. Desmerece êxito recurso especial desafiado contra acórdão que repeliu alegativa de ofensa à coisa julgada, apoiando decisão monocrática acolhedora de exceção de pré-executividade proposta com o fito de corrigir erro cometido pela sentença quanto à determinação do marco inicial da correção monetária a incidir sobre o valor devido.

2. Não obstante, em decisão anterior já transitada em julgado, se haja definido o termo inicial da correção monetária, não se pode acolher a invocação de supremacia da coisa julgada principalmente tendo-se em vista o evidente erro cometido pela sentença que determina que a correção seja computada desde a instalação das redes em 1972, havendo o laudo pericial sido elaborado com base em valores de agosto de 1980.

3. O *bis in idem* perpetrado pela aplicação retroativa da correção monetária aumentou em seis vezes o valor devido, o que não se compadece com o conceito da justa indenização preconizada no texto constitucional, impondo-se inelutável a

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

sua retificação sob pena de enriquecimento ilícito do expropriado pois se é certo que os expropriados devem receber o pagamento justo, é certo, também, que este deve se pautar segundo os padrões da normalidade e da moralidade. Não se deve esquecer que a correção monetária visa a atualização da moeda e apenas isso. Não se pretende por meio dela a penalização do devedor.

4. Não deve se permitir, em detrimento do erário público, a chancela de incidência de correção monetária dobrada em desacordo com a moral e com o direito. Repito, ambas as partes merecem ampla proteção, o que se afigura palpável no resguardo do princípio da justa indenização. Abriga-se, nesse atuar, maior proximidade com a garantia constitucional da justa indenização, seja pela proteção ao direito de propriedade, seja pela preservação do patrimônio público.

5. Inocorrência de violação aos preceitos legais concernentes ao instituto da *res judicata*. Conceituação dos seus efeitos em face dos princípios da moralidade pública e da segurança jurídica.

6. Recurso especial desprovido. (REsp 554.402/RS, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ de 1º.02.05)

No julgamento desse processo, o eminente Ministro Teori Zavascki, em voto vista, sustentou com propriedade:

O princípio da intangibilidade da coisa julgada, como princípio que é, não é absoluto e não se aplica de forma desvinculada dos demais princípios constitucionais, tais como o da justa indenização. Em nome desses princípios é razoável, no caso concreto, a correção do grave erro constante da sentença exequenda, sob pena de se chancelar um injustificável desfalque nos cofres públicos, decorrente da dupla incidência da correção monetária sobre um mesmo período de oito anos, acarretando a multiplicação da indenização em mais de sete vezes (de cerca de R\$ 2.000.000,00 para cerca de R\$ 15.000.000,00, em moeda de julho de 2002). Admitir tão expressivo excesso seria ferir, além de padrões razoáveis ou justificáveis, o princípio constitucional da justa indenização. Assim, ainda que se admitisse presente a coisa julgada (e não o simples erro, como parece ter ocorrido) tudo recomenda, nesse caso, relativizar o seu alcance, em nome de outro princípio constitucional de igual hierarquia.

Há ainda outros precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REVISÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO. SUPOSTA VIOLAÇÃO E RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. ERRO MATERIAL DE MULTIPLICAÇÃO EXISTENTE. RETIFICAÇÃO PELO TRIBUNAL A *QUO*. DESNECESSIDADE DE NOVA PERÍCIA.

1. O Erro material não tem o condão de tornar imutável a parte do *decisum* onde se localiza contradição passível de correção do resultado do julgado.

2. É assente que a coisa julgada é qualidade consubstanciada na imutabilidade do acerto ou da declaração contida na sentença, no que pertine à definição do direito controvertido.

3. Consectariamente, erros materiais ou a superestimação intencional do valor da "justa indenização" escapam do manto da coisa julgada, como cediço

na jurisprudência do próprio STJ que admite, sem infringência da imutabilidade da decisão, a atualização do *quantum debeatur* no processo satisfativo.

4. Na hipótese, constatou-se a existência de erro material no julgado, porquanto o laudo pericial homologado pelo juízo avaliou a área por preço do hectare e multiplicou pela área de 6.685,245 hectares, quando a área desapropriada, em verdade, era de 4.840,011 hectares, conforme constatado pelo levantamento topográfico da área, não contestado pelas partes, sem prejuízo de a decisão originária ter assentado que "*não me parece razoável denegar o pleito formulado pela autarquia em atendimento ao princípio da justa indenização, ante a incomensurável valorização do preço do hectare na área onde se situa o imóvel expropriado, que resulta em simplesmente 158%, ainda que se considere o espaço temporal de dez anos entre a data da avaliação e aquelas utilizadas como referência pelo INCRA, nas planilhas de fls. 342/349*".

5. Deveras, o E. STF tem assentado que "*não ofende a coisa julgada da decisão que, na execução, determina nova avaliação para atualizar o valor do imóvel, constante de laudo antigo, tendo em vista atender a garantia constitucional da justa indenização*" (STF, RE. 93412/SC, Rel. Min. Clovis Ramalhete, DJ. 04.06.1982), princípio que se estende às hipóteses de superestimativa calcada em erro material.

6. Precedentes do STJ: REsp 283.321/SP, DJU 19/02/2001; REsp 37.085-0/SP, DJU 20/06/94.

7. Recurso especial provido. (REsp 765.566/RN, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ de 31.05.07)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DÚVIDAS SOBRE A TITULARIDADE DE BEM IMÓVEL INDENIZADO EM AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA COM SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. PRINCÍPIO DA JUSTA INDENIZAÇÃO. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA.

1. Hipótese em que foi determinada a suspensão do levantamento da última parcela do precatório (art. 33 do ADCT), para a realização de uma nova perícia na execução de sentença proferida em ação de desapropriação indireta já transitada em julgado, com vistas à apuração de divergências quanto à localização da área indiretamente expropriada, à possível existência de nove superposições de áreas de terceiros naquela, algumas delas objeto de outras ações de desapropriação, e à existência de terras devolutas dentro da área em questão.

2. Segundo a teoria da relativização da coisa julgada, haverá situações em que a própria sentença, por conter vícios insanáveis, será considerada inexistente juridicamente. Se a sentença sequer existe no mundo jurídico, não poderá ser reconhecida como tal, e, por esse motivo, nunca transitará em julgado.

3. "A coisa julgada, enquanto fenômeno decorrente de princípio ligado ao Estado Democrático de Direito, convive com outros princípios fundamentais igualmente pertinentes. Ademais, como todos os atos oriundos do Estado, também a coisa julgada se formará se presentes pressupostos legalmente estabelecidos. Ausentes estes, de duas, uma: (a) ou a decisão não ficará acobertada pela coisa julgada, ou (b) embora suscetível de ser atingida pela coisa julgada, a decisão poderá, ainda assim, ser revista pelo próprio Estado, desde que presentes motivos

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

preestabelecidos na norma jurídica, adequadamente interpretada." (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. 'O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização', São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pág. 25)

4. "A escolha dos caminhos adequados à infringência da coisa julgada em cada caso concreto é um problema bem menor e de solução não muito difícil, a partir de quando se aceite a tese da relativização dessa autoridade - esse, sim, o problema central, polêmico e de extraordinária magnitude sistemática, como procurei demonstrar. Tomo a liberdade de tomar à lição de Pontes de Miranda e do leque de possibilidades que sugere, como: a) a propositura de nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada; b) a resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo; e c) a alegação incidenter tantum em algum outro processo, inclusive em peças defensivas." (DINAMARCO, Cândido Rangel. 'Coisa Julgada Inconstitucional' — Coordenador Carlos Valder do Nascimento - 2ª edição, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, págs. 63-65)

5. Verifica-se, portanto, que a desconstituição da coisa julgada pode ser perseguida até mesmo por intermédio de alegações incidentes ao próprio processo executivo, tal como ocorreu na hipótese dos autos.

6. Não se está afirmando aqui que não tenha havido coisa julgada em relação à titularidade do imóvel e ao valor da indenização fixada no processo de conhecimento, mas que determinadas decisões judiciais, por conter vícios insanáveis, nunca transitam em julgado. Caberá à perícia técnica, cuja realização foi determinada pelas instâncias ordinárias, demonstrar se tais vícios estão ou não presentes no caso dos autos.

7. Recurso especial desprovido. (REsp 622.405/SP, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª Turma, DJ de 20.09.07)

O próprio Supremo Tribunal Federal já admitiu, em sincronia ao princípio da "justa indenização", que se proceda à nova avaliação do imóvel, não obstante o trânsito em julgado da sentença que fixou o valor a ser indenizado na ação de desapropriação, quando for exorbitante ou superestimada a indenização. É o que se observa, por exemplo, do RE 93.412/SC, Rel. Min. Clovis Ramalhete, DJ de 04.06.82.

Se a orientação sedimentada nesta Corte é de afastar a "coisa julgada" quando a sentença fixa indenização em desconformidade com a base fática dos autos ou quando há desrespeito explícito ao princípio constitucional da "justa indenização", com muito mais razão deve ser possibilitada a revisão de sentença, quando condenação milionária é imposta à União pela expropriação de terras já pertencentes ao seu domínio indisponível, como parece ser o caso dos autos.

E) Jurisprudência

Há precedente da Segunda Turma, em tudo aplicável neste particular, segundo o qual a ação civil pública é o instrumento processual adequado para obter-se provimento judicial declaratório de nulidade de sentença transitada em

julgado por ausência de citação de litisconsorte passivo necessário. Eis a ementa então confeccionada:

PROCESSO CIVIL – COISA JULGADA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA:
ADEQUABILIDADE – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. Os defeitos processuais das decisões judiciais são corrigidos por via da ação rescisória, mas os defeitos da base fática que retiram da sentença a sua sedimentação, tornando-a nula de pleno direito ou inexistente, podem ser corrigidos, como os demais atos jurídicos, pela relatividade da coisa julgada nula ou inexistente.

2. Se a sentença transitada em julgado, sofre ataque em sua base fática por parte do Estado, que se sente prejudicado com a coisa julgada, pode o Ministério Público, em favor do interesse público, buscar afastar os efeitos da coisa julgada.

3. O ataque à coisa julgada nula fez-se *incidenter tantum*, por via de execução ou por ação de nulidade. Mas só as partes no processo é que têm legitimidade para fazê-lo.

4. A ação civil pública, como ação política e instrumento maior da cidadania, substitui com vantagem a ação de nulidade, podendo ser intentada pelo Ministério Público.

5. Recurso Especial conhecido e provido. (REsp 445.664/AC, Rel. p/acórdão Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ de 07.03.05)

Na oportunidade, a ilustre Ministra Eliana asseverou o seguinte:

Sr. Ministro-Relator, Srs. Ministros, recebi os memoriais por parte do Ministério Público e examinei-os quanto à ação civil pública e à relatividade da coisa julgada. Quero fazer uma inversão nas colocações. A primeira delas é com relação à legitimidade, que me parece fundamental até mais do que a adequabilidade.

Início este exame dizendo que aquilo que até há alguns anos era sagrado para o Poder Judiciário, ou seja, o máximo da segurança jurídica - a sentença transitada em julgado-, modernamente está sendo questionado.

Hoje, todo o empenho da justiça é em torno da justiça igualitária, da justiça corretiva, da justiça sinalagmática, da justiça das decisões. E, a partir daí, é que se começou a repensar a segurança jurídica em torno de um dogma, mesmo quando as evidências mostravam que uma sentença era insegura pela base fática defeituosa que ensejava. Daí por que a possibilidade de se chegar a uma sentença transitada em julgado, sem ser pela ação rescisória, quando ela é nula, inexistente ou tem um defeito maior seja pela rescindibilidade, seja pela nulidade ou inexistência, em que se diz que seria dispensável a ação rescisória, porque a sentença é nula de pleno direito ou inexistente, como Vossa Excelência, inclusive, passa a reconhecer.

Ora, diante dessa relatividade da coisa julgada, o que dizem os autores - e estes são majoritários - que a aceitam? A partir do grande Pontes de Miranda, que já àquela época se referia à relatividade da coisa julgada, passando por Jorge Miranda, pelo Direito americano - que é outro sistema, mas que em todos os países da *Common Law* é muito mais fácil -, por Humberto Theodoro Júnior,

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Hugo Masili, Cândido Dinamarco, Eduardo Couture, enfim, a grande maioria da doutrina hoje aceita a relatividade da coisa julgada nas sentenças nulas ou inexistentes.

O que mais nos ensina a doutrina? Que existem três formas de se chegar até a essa sentença transitada em julgado: a propositura de uma nova demanda, resistência na execução ou por meio de uma alegação *incidenter tantum* em outro processo, inclusive em peças defensivas. São as três formas. O autor poderia ter uma dessas formas, adotar um desses três caminhos.

Mas o que está acontecendo na hipótese dos autos? A parte que foi prejudicada pela sentença transitada em julgado está hoje em liquidação e todos os débitos, todas as dívidas, todos os prejuízos serão marcados pelo Estado, porque se trata de uma sociedade de economia mista, com participação majoritária do Estado do Acre. Dentro dessa perspectiva, há um interesse público por esse alegado prejuízo que poderá ser debitado ao Estado do Acre. E aí entra, sim, o Ministério Público porque a este é dada a defesa do patrimônio público. E qual a forma que teria o Ministério Público de chegar até a coisa julgada? Em *incidenter tantum*? Não. Em incidente à execução? Não, porque não foi parte. Por uma outra ação, uma ação idêntica, igual, que seria uma ação de nulidade. Mas qual é o instrumento maior do Ministério Público para requerer a nulidade de um ato jurídico, de um negócio jurídico que foi firmado em detrimento do interesse público, do interesse do Estado do Acre? A ação civil pública, que é o instrumento maior de cidadania dado ao Ministério Público para se chegar - porque é um processo de conhecimento - com maior facilidade. É o instrumento de que dispõe para ter o mesmo efeito que teria uma ação de nulidade se fosse uma das partes compondo o negócio jurídico.

Dessa forma, entendo que o Ministério Público está legitimado, porque há, em alegação, um prejuízo que será suportado pelo Estado do Acre e há perfeita adequabilidade, naturalmente, em relação à utilização da ação civil pública. A ação civil pública é uma ação poderosa por ser uma ação de conhecimento; entendo, por isso, que tem o condão de substituir, sim, a ação de nulidade quando no pólo ativo está o Ministério Público.

Peço *venia* a Vossa Excelência para, dentro dessa perspectiva, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, entendendo que, ao reconhecer o Tribunal a adequabilidade da medida eleita e a legitimidade do Ministério Público, deverá a Justiça acreana, a partir da Justiça de Primeiro Grau - para não haver supressão de nenhum dos graus de jurisdição - examinar o mérito da demanda.

Embora o caso não trate especificamente da ausência de citação, não há motivo relevante que impeça a aplicação do precedente, pois a ação expropriatória, ao que parece, padece de vícios insanáveis relativos às condições da ação - interesse processual e possibilidade jurídica do pedido - , o que gera nulidade absoluta, tal qual a que se reconheceu naquele julgado.

A Primeira Turma também tem precedente em tudo aplicável à espécie. Cuido do Recurso Especial 710.599/RS, que recebeu a seguinte ementa:



PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DAS QUESTÕES RELATIVAS À TITULARIDADE DO IMÓVEL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. TITULARIDADE DE BEM IMÓVEL INDENIZADO EM AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA COM SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. *QUERELA NULLITATIS*. CONDIÇÕES DA AÇÃO. INTERESSE DE AGIR. ADEQUAÇÃO.

1. A ausência de prequestionamento da matéria deduzida no recurso especial, a despeito da oposição de embargos declaratórios, atrai o óbice da Súmula 211/STJ.

2. Não viola o art. 535 do CPC, nem nega prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

3. Ainda que por fundamentos diversos, o aresto atacado abordou todas as questões necessárias à integral solução da lide, concluindo, no entanto, pela presença das condições da ação, em especial do interesse de agir.

4. Ação declaratória de nulidade de ato jurídico cumulada com repetição de indébito, em que a Fazenda do Estado de São Paulo, invocando o instituto da *querela nullitatis*, requer seja declarada a nulidade de decisão proferida em ação de indenização por desapropriação indireta, já transitada em julgado, escorando a sua pretensão no argumento de que a área indenizada já lhe pertencia, de modo que a sentença não poderia criar direitos reais inexistentes para os autores daquela ação.

5. Segundo a teoria da relativização da coisa julgada, haverá situações em que a própria sentença, por conter vícios insanáveis, será considerada inexistente juridicamente. Se a sentença sequer existe no mundo jurídico, não poderá ser reconhecida como tal, e, por esse motivo, nunca transitará em julgado. A nulidade da sentença, em tais hipóteses, deve ser buscada por intermédio da *actio nullitatis*.

6. O interesse processual, ou interesse de agir, como preferem alguns, nas palavras de Alexandre Freitas Câmara ("Lições de Direito Processual Civil", vol. I, 12ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2005, págs. 128-129) "*é verificado pela presença de dois elementos, que fazem com que esse requisito de provimento final seja verdadeiro binômio: 'necessidade da tutela jurisdicional' e 'adequação do provimento pleiteado'*".

7. As condições da ação devem estar presentes considerando-se, em tese, o pedido formulado pela parte autora, sem qualquer vínculo com o eventual acolhimento ou a rejeição da pretensão meritória.

8. Não resta dúvida, portanto, que o ajuizamento da presente ação declaratória de nulidade de ato jurídico é um dos meios adequados à eventual desconstituição da coisa julgada.

9. No que diz respeito à eventual procedência da ação, sua apreciação caberá ao juiz de primeiro grau de jurisdição. A manutenção do acórdão recorrido tem o

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

efeito, tão-somente, de afastar a carência da ação, dentro dos limites da questão submetida a julgamento nesta Superior Corte de Justiça.

10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (REsp 710.599/SP, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª Turma, DJ de 14.02.08).

Assim, não há dúvida de que a Primeira Seção, por ambas as Turmas, reconhece na ação civil pública o meio processual adequado para se formular pretensão declaratória de nulidade de ato judicial lesivo ao patrimônio público (*querela nullitatis*).

Conclusões

Ante o exposto, em síntese, concluo:

(a) o domínio público sobre a porção do território nacional localizada na zona de fronteira com Estados estrangeiros sempre foi objeto de especial atenção legislativa, sobretudo constitucional. As razões dessa preocupação modificaram-se com o tempo, principalmente quando da sucessão do regime imperial para o republicano, mas sempre estiveram focadas nos imperativos de **segurança nacional** e de **desenvolvimento econômico**;

(b) a faixa de fronteira é bem de uso especial da União pertencente a seu domínio indisponível, somente autorizada a alienação em casos especiais desde que observados diversos requisitos constitucionais e legais;

(c) compete ao Conselho de Defesa Nacional, segundo o art. 91, § 1º, III, da CF/88, propor os critérios e condições de utilização da faixa de fronteira. Trata-se de competência firmada por norma constitucional, dada a importância que a CF/88, bem como as anteriores a partir da Carta de 1891, atribuiu a essa parcela do território nacional;

(d) nos termos da Lei 6.634/79, recepcionada pela CF/88, a concessão ou alienação de terras públicas situadas em faixa de fronteira dependerá, sempre, de autorização prévia do Conselho de Segurança Nacional, hoje Conselho de Defesa Nacional;

(e) o ato de assentimento prévio consiste em autorização preliminar essencial para a prática de determinados atos, para o exercício de determinadas atividades, para a ocupação e a utilização de terras ao longo da faixa de fronteira, considerada fundamental para a defesa do território nacional e posta sob regime jurídico excepcional, a teor do disposto no § 2º do art. 20, da Constituição Federal. É por meio do assentimento prévio que o Estado brasileiro busca diagnosticar a forma de ocupação e exploração da faixa de fronteira, a fim de que se possa desenvolver atividades estratégicas específicas para o desenvolvimento do país, salvaguardando a segurança nacional;

(f) a faixa de fronteira não é apenas um bem imóvel da União, mas uma área de domínio sob constante vigilância e alvo de políticas governamentais específicas relacionadas, sobretudo, às **questões de segurança pública e soberania nacional**;



(g) importância da área deve-se, também, à relação estreita que mantém com diversas outras questões igualmente relevantes para o Governo Federal, entre elas: **(g.1) questões indígenas**, pois, segundo informações da Secretaria de Patrimônio da União, 30% da faixa de fronteira é ocupada por terras indígenas, já demarcadas ou não; **(g.2) questões fundiárias** relacionadas à grilagem e conflito de terras; **(g.3) questões sociais** de mais alta relevância, como a invasão de terras por movimentos sociais e a exploração de trabalhadores em regime de semiescravidão; **(g.4) questões criminais** referentes ao narcotráfico, tráfico de armas, descaminho, crimes ambientais – como a exploração ilegal de madeira e a venda ilícita de animais silvestres – assassinato de lideranças indígenas, de trabalhadores rurais, de posseiros, de sindicalistas e até de missionários religiosos; **(g.5) questões de Direito Internacional** relacionadas à necessidade de integração regional com os países membros do Mercosul e das demais organizações de que o Brasil seja parte;

(h) qualquer alienação ou oneração de terras situadas na faixa de fronteira, sem a observância dos requisitos legais e constitucionais, é "nula de pleno direito", como diz a Lei 6.634/79, especialmente se o negócio imobiliário foi celebrado por entidades estaduais destituídas de domínio;

(i) a alienação pelo Estado a particulares de terras supostamente situadas em faixa de fronteira não gera, apenas, prejuízo de ordem material ao patrimônio público da União, mas ofende, sobretudo, princípios maiores da Constituição Federal, relacionados à defesa do território e à soberania nacional;

(j) o regime jurídico da faixa de fronteira praticamente não sofreu alterações ao longo dos anos desde a primeira Constituição Republicana de 1891, razão porque pouco importa a data em que for realizada a alienação de terras, devendo sempre ser observada a necessidade de proteção do território nacional e da soberania do País.

(k) o controle das nulidades processuais, em nosso sistema jurídico, comporta dois momentos distintos: o primeiro, de natureza incidental, é realizado no curso do processo, a requerimento das partes, ou de ofício, a depender do grau de nulidade. O segundo é feito após o trânsito em julgado, de modo excepcional, por meio de impugnações autônomas. As pretensões possíveis, visando ao reconhecimento de nulidades absolutas, são a ação *querela nullitatis* e a ação rescisória, cabíveis conforme o grau de nulidade no processo originário;

(l) a nulidade absoluta insanável – por ausência dos pressupostos de existência – é vício que, por sua gravidade, pode ser reconhecido mesmo após o trânsito em julgado, mediante simples ação declaratória de inexistência de relação jurídica (o processo), não sujeita a prazo prescricional ou decadencial e fora das hipóteses taxativas do art. 485 do CPC (ação rescisória). A chamada *querela nullitatis insanabilis* é de competência do juízo monocrático, pois não se pretende a rescisão da coisa julgada, mas apenas o reconhecimento de que a relação processual e a sentença jamais existiram;

(m) a doutrina e a jurisprudência são unânimes em afirmar que a ausência de citação ou a citação inválida configuram nulidade absoluta insanável por ausência

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

de pressuposto de existência da relação processual, o que possibilita a declaração de sua inexistência por meio da ação *querela nullitatis*;

(n) na hipótese, pelo que alegam o INCRA e o Ministério Público Federal, as terras foram alienadas a particulares pelo Estado do Mato Grosso que não detinha o respectivo domínio, já que se trata de área supostamente situada na faixa de fronteira, bem pertencente à União desde a Carta Constitucional republicana de 1891. Ocorre que a ação de desapropriação foi proposta contra os particulares que receberam do Estado do Mato Grosso terras que não lhe pertenciam, jamais tendo participado do feito o legítimo titular do domínio – a União;

(o) a União não participou do feito expropriatório e, ainda que tivesse participado, a simples alegação de que a área expropriada lhe pertence, gera dúvida razoável quanto a uma das condições da ação, especificamente o interesse processual, pois, provado o domínio federal, desaparece a utilidade do processo, já que impossível desapropriar o que é próprio;

(p) A pretensão *querela nullitatis* pode ser exercida e proclamada em qualquer tipo de processo e procedimento de cunho declaratório. A ação civil pública, por força do que dispõe o art. 25, IV, “b”, da Lei n.º 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público), pode ser utilizada como instrumento para a anulação ou declaração de nulidade de ato lesivo ao patrimônio público;

(q) A ação civil pública surge, assim, como instrumento processual adequado à declaração de nulidade da sentença, por falta de constituição válida e regular da relação processual.

(r) a demanda de que ora se cuida, embora formulada com a roupagem de ação civil pública, revela pretensão *querela nullitatis*, vale dizer, objetiva a declaração de nulidade da relação processual supostamente transitada em julgado por ausência de citação da União ou, mesmo, por inexistência da própria base fática que justificaria a ação desapropriatória, já que a terra desapropriada, segundo alega o autor, já pertencia ao Poder Público Federal;

(s) a ação de desapropriação não transitou em julgado quanto à questão do domínio das terras expropriadas – até porque jamais foi discutida nos autos do processo –, mas tão somente quanto ao valor da indenização paga. Não houve, portanto, trânsito em julgado da questão tratada na presente ação civil pública. Apenas os efeitos desta, se julgados procedentes os pedidos, poderão, por via indireta, afetar o comando indenizatório contido na sentença da ação expropriatória já transitada em julgado;

(t) a inexistência de coisa julgada material quanto à discussão sobre o domínio das terras desapropriadas afasta o fundamento de que se valeu o acórdão recorrido para extinguir o processo sem resolução de mérito por inadequação da via eleita. Com efeito, a ação civil pública é o instrumento processual adequado para se obter a declaração de nulidade de ato, ainda que judicial, lesivo ao patrimônio público,

Ministro José de Castro Meira

sobretudo quando consagra indenização milionária a ser suportada por quem já era titular do domínio da área desapropriada;

(u) O princípio da "justa indenização" serve de garantia não apenas ao particular – que somente será desapossado de seus bens mediante prévia e justa indenização, capaz de recompor adequadamente o acervo patrimonial expropriado –, mas também ao próprio Estado, que poderá invocá-lo sempre que necessário para evitar indenizações excessivas e descompassadas com a realidade;

(v) esta Corte, em diversas oportunidades, assentou que não há coisa julgada quando a sentença contraria abertamente o princípio constitucional da "justa indenização" ou decide em evidente descompasso com dados fáticos da causa ("Teoria da Coisa Julgada Inconstitucional");

(x) se a orientação sedimentada nesta Corte é de afastar a coisa julgada quando a sentença fixa indenização em desconformidade com a base fática dos autos ou quando há desrespeito explícito ao princípio constitucional da "justa indenização", com muito mais razão deve ser "flexibilizada" a regra, quando condenação milionária é imposta à União pela expropriação de terras já pertencentes ao seu domínio indisponível, como parece ser o caso dos autos;

(z) a Primeira Seção, por ambas as Turmas, reconhece na ação civil pública o meio processual adequado para se formular pretensão declaratória de nulidade de ato judicial lesivo ao patrimônio público (*querela nullitatis*), como ocorre no caso dos autos.

Das conclusões aqui alinhadas não se infere que:

(a) o imóvel esteja realmente situado na faixa de fronteira, o que é questão de prova, cujo exame é vedado a esta Corte;

(b) as alienações feitas pelo Estado do Mato Grosso aos particulares, réus na ação civil pública, sejam ilegítimas, pois também se trata de questão de prova;

(c) os pedidos formulados na ação devam ser necessariamente acolhidos, já que aqui não se julga o mérito da causa, mas apenas a adequação da ação civil pública ao que foi postulado na demanda ante todo o substrato fático narrado na inicial.

Ultrapassada a preliminar de inadequação da via, caberá à Corte regional, com total liberdade, examinar o recurso de apelação interposto pelos ora recorridos.

Ante o exposto, **pedindo vênias à Relatora, dou provimento aos recursos especiais.**

É como voto.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2007/0291526-7

REsp 1015133/MT

Números Origem: 19380 200236000011386 200236000011390 200236000026057
200236000026074 200236000041450 200236000045725
9400015500 9500005859 9500009471

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CAETANA CINTRA SANTOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO
PÚBLICO - Intervenção do Estado na Propriedade - Desapropriação
por Interesse Social Comum/L 4.132/1962

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Meira, divergindo da Sra Ministra-Relatora, a Turma, por maioria, deu provimento a ambos os recursos, nos termos do voto do Sr. Ministro Castro Meira que lavrará o acórdão. Vencida a Sra. Ministra Eliana Calmon."

Votaram com o Sr. Ministro Castro Meira os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques.

Brasília, 02 de março de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI

Secretária

Recurso Especial nº 951.251-PR*

RELATOR : MINISTRO CASTRO MEIRA

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL

PROCURADORES : LUÍS ALBERTO SAAVEDRA E OUTRO(S)

CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO

RECORRIDO : UROCLIN SERVIÇOS MÉDICOS S/C LTDA

ADVOGADO : REGIS LUIS JACQUES BOHRER

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. LUCRO PRESUMIDO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. BASE DE CÁLCULO. ARTS. 15, § 1º, III, "A", E 20 DA LEI Nº 9.249/95. SERVIÇO HOSPITALAR. INTERNAÇÃO. NÃO-OBIGATORIEDADE. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DA NORMA. FINALIDADE EXTRAFISCAL DA TRIBUTAÇÃO. POSICIONAMENTO JUDICIAL E ADMINISTRATIVO DA UNIÃO. CONTRADIÇÃO. NÃO-PROVIMENTO.

1. O art. 15, § 1º, III, "a", da Lei nº 9.249/95 explicitamente concede o benefício fiscal de forma objetiva, com foco nos serviços que são prestados, e não no contribuinte que os executa. Observação de que o Acórdão recorrido é anterior ao advento da Lei nº 11.727/2008.

2. Independentemente da forma de interpretação aplicada, ao intérprete não é dado alterar a *mens legis*. Assim, a pretexto de adotar uma interpretação restritiva do dispositivo legal, não se pode alterar sua natureza para transmutar o incentivo fiscal de objetivo para subjetivo.

3. A redução do tributo, nos termos da lei, não teve em conta os custos arcados pelo contribuinte, mas, sim, a natureza do serviço, essencial à população por estar ligado à garantia do direito fundamental à saúde, nos termos do art. 6º da Constituição Federal.

4. Qualquer imposto, direto ou indireto, pode, em maior ou menor grau, ser utilizado para atingir fim que não se resume à arrecadação de recursos para o cofre do Estado. Ainda que o Imposto de Renda se caracterize como um tributo direto, com objetivo preponderantemente fiscal, pode o legislador dele se utilizar para a obtenção de uma finalidade extrafiscal.

5. Deve-se entender como "serviços hospitalares" aqueles que se vinculam às atividades desenvolvidas pelos hospitais, voltados diretamente à promoção da saúde. Em regra, mas não necessariamente, são prestados no interior do estabelecimento hospitalar, excluindo-se as simples consultas médicas, atividade que não se identifica com as prestadas no âmbito hospitalar, mas nos consultórios médicos.

* *In* DJ, 01/02/2007, p. 448; LEXSTJ, vol. 211, p. 170 .

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

6. Duas situações convergem para a concessão do benefício: a prestação de serviços hospitalares e que esta seja realizada por instituição que, no desenvolvimento de sua atividade, possua custos diferenciados do simples atendimento médico, sem, contudo, decorrerem estes necessariamente da internação de pacientes.

7. Orientações da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e da Secretaria da Receita Federal contraditórias.

8. Recurso especial não provido.

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, prosseguindo no julgamento, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com os acréscimos do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki. A Sra. Ministra Denise Arruda e os Srs. Ministros Humberto Martins, Eliana Calmon, Francisco Falcão e Teori Albino Zavascki (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves (RISTJ, art. 162, § 2º).

Brasília, 22 de abril de 2009(data do julgamento).

**Ministro Castro Meira
Relator**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (RELATOR):

Cuida-se de recurso especial interposto com base nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

"TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DOCUMENTOS SUFICIENTES PARA O JULGAMENTO DO FEITO. LEI N.º 9.249/95. SERVIÇOS DE NATUREZA HOSPITALAR. CSLL. ALÍQUOTAS DIFERENCIADAS. INSRF Ns. 306/2003, 480/2004 E 539/2005. ILEGALIDADE. COMPENSAÇÃO. VERBA HONORÁRIA.

1. Descabe o julgamento sem análise do mérito por inadequação do procedimento e necessidade de dilação probatória se a impetrante juntou os documentos que entendeu suficientes para comprovar a lesão a seu direito, hipótese em que o julgamento deve ser de mérito.

2. A INSRF n.º 539/2005, no propósito de regulamentar o art. 15, inc. III, alínea 'a', da Lei n.º 9.249/95, extrapolou os limites que lhe são impostos, ao exigir o cumprimento de requisitos estranhos ao conceito de serviços hospitalares.

3. Não há dúvida de que os serviços prestados pela impetrante devem ser considerados hospitalares.

4. Reconhecido o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos com incidência de correção monetária.

Ministro José de Castro Meira

5. Verba honorária fixada em 10% sobre o valor da condenação" (fl. 117).

Opostos embargos de declaração, foram admitidos apenas para excluir a condenação de honorários imposta:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. VERBA HONORÁRIA.

Constatada a existência de erro material no julgado, cabe a exclusão do tópico sobre honorários advocatícios, uma vez que não são cabíveis em sede de mandado de segurança, nos termos das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF" (fl. 123).

A recorrente pede a reforma do julgado, alegando ter ocorrido violação dos arts. 15, § 1º, III, "a", e 20 da Lei 9.249/95, além de dissenso jurisprudencial. Em suma, afirma que a recorrida não faria jus à redução da base de cálculo do IRPJ ao percentual de 8%, tendo em vista não possuir a estrutura física de um hospital, inclusive para a internação de pacientes.

Em contra-razões, o recorrido afirma que presta serviço hospitalar e que a IN 539/2005 extrapolou os limites regulamentares, não merecendo reforma o acórdão a quo (fls. 143/149).

Admitido o recurso na origem (fl. 151), subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (RELATOR):

A matéria encontra-se prequestionada e o dissenso jurisprudencial configurado, pelo que passo a analisar o presente recurso especial.

Ainda que a matéria não seja nova, a Turma acolheu a proposta de submetê-la à apreciação da Primeira Seção por entender que há necessidade de uma revisão de posicionamento ante as considerações que passarei a expor.

O cerne da questão consiste em definir o alcance da disposição do art. 15, § 1º, III, "a", da Lei 9.249/95, com a seguinte redação:

"Art. 15. A base de cálculo do imposto, em cada mês, será determinada mediante a aplicação do percentual de oito por cento sobre a receita bruta auferida mensalmente, observado o disposto nos arts. 30 a 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995. (Vide Lei nº 11.119, de 2005).

§ 1º Nas seguintes atividades, o percentual de que trata este artigo será de:

I - um inteiro e seis décimos por cento, para a atividade de revenda, para consumo, de combustível derivado de petróleo, álcool etílico carburante e gás natural;

II - dezesseis por cento:

a) para a atividade de prestação de serviços de transporte, exceto o de carga, para o qual se aplicará o percentual previsto no caput deste artigo;

b) para as pessoas jurídicas a que se refere o inciso III do art. 36 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 29 da referida Lei;

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

III - trinta e dois por cento, para as atividades de: (Vide Medida Provisória nº 232, de 2004)

a) **prestação de serviços em geral, exceto a de serviços hospitalares**" (grifo nosso).

A decisão da presente controvérsia consiste em definir quais os serviços que são considerados hospitalares para fazer jus ao percentual de 8% para determinação da base de cálculo do IRPJ presumido, ressaltando-se que o acórdão recorrido e o recurso especial são anteriores ao advento da Lei nº 11.727, de 2008.

O tema foi analisado por esta Seção em duas oportunidades no final do último ano, quando do julgamento dos Recursos Especiais 786.569/RS e 832.906/SC, que restaram assim ementados:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CSLL. ART. 15, § 1º, III, A, DA LEI 9.249/95. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. CONSULTA REALIZADAS EM CLÍNICA OFTALMOLÓGICA. NÃO EQUIPARAÇÃO A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS HOSPITALARES.

1. O art. 15, § 1º, III, a, da Lei 9.249/95, que fixa alíquota menor para a tributação de serviços hospitalares em relação aos demais serviços, é norma de isenção parcial, como tal sujeita a interpretação literal (CTN, art. 111, II), que não comporta resultados ampliativos e nem aplicação por analogia.

2. Serviço hospitalar é conceitualmente diferente e mais restrito que serviço médico. Embora representem serviços médicos, não há como entender compreendidas no conceito de serviços hospitalares as consultas médicas realizadas em clínicas oftalmológicas, sob pena de ampliar-se o benefício fiscal mediante interpretação extensiva e analógica.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido" (REsp 786569/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 30.10.2006).

"RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. CLÍNICA RADIOLÓGICA. SERVIÇOS HOSPITALARES. DIFERENCIAÇÃO.

1. A clínica médica que explora serviços de radiologia, ultra-sonografia e ressonância magnética, sem internação de paciente para tratamento, não pode ser considerada como entidade hospitalar para os fins previstos no art. 15, § 1º, inciso III, alínea "a", da Lei nº 9.240, de 26.12.1995.

2. Inexistência de dúvida sobre o tipo de serviço prestado pela recorrente.

3. Por entidade hospitalar deve se entender o complexo de atividades exercidas pela pessoa jurídica **que proporcione internamento** do paciente para tratamento de saúde, com a oferta de todos os processos exigidos para prestação de tais serviços ou do especializado.

4. Impossibilidade de se interpretar extensivamente legislação tributária que concede benefício fiscal.

5. Recurso especial não-provido" (REsp 832.906/SC, Rel. Min. José Delgado, DJ 27.11.2006 – grifo nosso).

Em face dessas decisões, restou fixado, como critério definidor dos contribuintes, que fariam jus à base de cálculo reduzida por possuírem eles uma estrutura física capaz de realizar internação de pacientes.

A princípio, entendeu-se que o benefício fiscal objetivaria favorecer os contribuintes que se submetem a altos custos operacionais em suas atividades. Assim, deveria ser restringido aos estabelecimentos com capacidade de realizar internação de pacientes e que, por isso, arcam com despesas referentes à alimentação, lavanderia e todas as demais relacionadas à hospedagem e sua manutenção.

Esta Seção considerou que, por tratar-se de um benefício fiscal, a interpretação da norma concessiva deveria ser restrita aos hospitais, não sendo possível estendê-lo a outros contribuintes da área de saúde, por tratar-se de exceção à regra geral de imposição tributária.

Malgrado a orientação perflhada na maioria dos julgados proferidos a partir de então, é possível detectar, pelo menos, dois precedentes em que ambas as Turmas, por unanimidade, reconheceram o direito ao benefício fiscal, mesmo sem a internação de pacientes, como se pode conferir pelas suas respectivas ementas:

"TRIBUTÁRIO – IMPOSTO DE RENDA – CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO – EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE RADIOLOGIA – SERVIÇOS HOSPITALARES – ALÍQUOTA REDUZIDA – LEI 9.249/95.

1. As empresas prestadoras de serviços de radiologia, cuja atividade prestada se classifica como 'serviços hospitalares', têm direito à alíquota reduzida do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, nos termos da Lei 9.249/95. Precedentes.

2. Recurso especial improvido" (REsp 807.128/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 28.05.07).

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA SOBRE O LUCRO PRESUMIDO. SERVIÇO DE HEMODIÁLISE. ENQUADRAMENTO NO CONCEITO DE ATIVIDADE HOSPITALAR. ALÍQUOTA DE 8%. ART. 15, § 1º, III, "A", DA LEI Nº 9.249/95. PRECEDENTES.

1. Recurso especial interposto contra acórdão que concedeu segurança que objetivava, em síntese: a apuração do IRPJ, utilizando-se como base do cálculo o percentual de 8% (oito por cento) da receita bruta auferida mensalmente, conforme o permissivo do art. 15, § 1º, III, 'a', da Lei nº 9.249/95 por entender que presta 'serviços hospitalares'.

2. A Lei nº 9.249/95, que dispõe sobre o IRPJ, assevera no seu art. 15 que: 'A base de cálculo do imposto, em cada mês, será determinada mediante a aplicação do percentual de oito por cento sobre a receita bruta auferida mensalmente, observado o disposto nos arts. 30 a 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995. § 1º Nas seguintes atividades, o percentual de que trata este artigo será de: (...) III - trinta e dois por cento, para as atividades de: a) prestação de serviços em geral, exceto a de serviços hospitalares'.

3. As empresas prestadoras de serviços de hemodiálise enquadram-se na concepção de 'serviços hospitalares' inserta no art. 15, § 1º, III, 'a', segunda parte, da Lei nº 9.249/95, estando sujeitas à alíquota de 8% (oito por cento) sobre a receita bruta mensal a título de IRPJ.

4. Tal atividade só é possível desde que suas instalações sejam realizadas obrigatoriamente junto a um Hospital, ou que equipamentos similares no seu

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

interior existam, tendo em vista envolver procedimentos médicos terapêuticos de alto risco, exigindo recursos emergenciais caso haja alguma intercorrência. São procedimentos que exigem todo um aparato de recursos para a sua execução, inclusive para atendimento de emergências.

5. Para se beneficiar da alíquota diferenciada de 8% para o IRPJ, a pessoa jurídica há de ser enquadrada, conceitualmente, como entidade hospitalar, isto é, expressar estrutura complexa que possibilite, em condições favoráveis, a internação do paciente para tratamento médico.

6. O acórdão a quo reconheceu que a recorrida presta serviços médico-hospitalares.

7. Recurso especial conhecido e não-provido" (REsp 898.913/SC, Rel. Min. José Delgado, DJU de 19.04.07).

Em ambos os precedentes, para o deferimento do benefício não se exigiu a internação como pressuposto de que os próprios contribuintes possuíam estrutura física que levaria à exigência de altos custos operacionais. Essa constatação, a meu ver, já seria suficiente para demonstrar a necessidade de que esta matéria fosse novamente submetida à Primeira Seção.

Ainda que não se trate efetivamente de norma isentiva, já que não ocorre a exclusão do pagamento do tributo, mas mera redução na base de cálculo do imposto devido, é certo que as regras de interpretação daquela podem ser aplicáveis ao caso, tendo em vista que o legislador autorizou a dispensa do pagamento em montante mais expressivo se estiver presente a condição prevista na lei.

Entretanto, não se deve perder de vista que o art. 15, § 1º, III, "a", da Lei nº 9.274/95 explicitamente concede o benefício fiscal de forma objetiva, com foco nos serviços que são prestados, e não na pessoa do contribuinte que executa a "prestação de serviços hospitalares". Doutro modo, seria alterar a própria natureza da norma legal, transmutando-se o incentivo fiscal de objetivo para subjetivo, a fim de concedê-lo apenas aos estabelecimentos hospitalares.

As reflexões a respeito do principal estudo sobre isenção tributária contido na obra Teoria Geral da Isenção Tributária, do Prof. José Souto Maior Borges, conduzem a três conclusões relevantes para o tema em exame:

1. A interpretação, restritiva ou extensiva, não se presta a reduzir ou extrapolar o conteúdo da lei. A atividade do intérprete deve sempre buscar identificar qual a *mens legis* da norma e se essa será a exata medida da aplicação do preceito;

2. Ainda que se entenda válida a regra do art. 111 do CTN, a interpretação literal representa apenas uma forma de iniciar a investigação da norma, não se consubstanciando no único método de hermenêutica possível de ser utilizado;

3. Ao partir-se para a interpretação de uma norma não se deve utilizar métodos apriorísticos, uma vez que isso acaba por condicionar o resultado obtido com a exegese aplicada.

No caso, tenho que a *mens legis* da norma em debate busca, através de um objetivo extrafiscal, minorar os custos tributários de serviços que são essenciais à população, não vinculando a prestação desses a determinada qualidade do prestador – capacidade de realizar internação de pacientes –, mas, sim, à natureza da atividade desempenhada.

Essa interpretação teleológica da alínea "a" do inciso III do § 1º do art. 15 da Lei 9.249/95 já foi antes propugnada pelo Min. Luiz Fux em voto proferido no REsp 673.033/RS, DJ 23.08.2005, no qual, com base na doutrina de Amílcar Araújo Falcão, dispôs:

"In casu, a controvérsia a ser dirimida gravita em torno da exegese do referido art. 15, 1º, inciso III, alínea "a", da Lei n.º 9.429/95, para fins de se definir se a atividade desenvolvida pelo instituto recorrido reveste-se do caráter de prestação de serviços, em geral, e portanto sujeito à alíquota do Imposto de Renda de 32% (alínea "a", primeira parte), ou se os serviços de hemodiálise caracterizam-se como médico-hospitalares, que consoante a segunda parte da alínea "a" do preceito discutido, implicitamente, impõe a observância da alíquota prevista em seu caput é de 8% sobre a receita bruta mensal.

Lavrando lições inesquecíveis, Amílcar Falcão sugeria ao aplicador buscar o alcance da lei através de todos os métodos aplicáveis à ciência jurídica e, a fortiori, ao Direito Tributário, com as seguintes passagens:

'Problema diferente é o da analogia, que muitos autores apresentam como processo de interpretação.

Não parecem estar com a razão os que assim pensam.

A analogia é meio de integração da ordem jurídica, através do qual, formulando raciocínios indutivos com base num dispositivo legal (analogia legis), ou em um conjunto de normas ou dispositivos legais combinados (analogia juris), se preenche a lacuna existente em determinada lei. Nesse caso, há criação de direito, ainda que o processo criador esteja vinculado à norma ou às normas preexistentes levadas em consideração.

Já agora, em homenagem ao princípio da legalidade dos tributos, cabe excluir a aplicação analógica da lei, toda vez que dela resulte a criação de um débito tributário.

A não ser nesse particular, o processo analógico é tão plausível em direito tributário quanto em qualquer outra disciplina, ressalvado, eventualmente, como em todos os demais ramos jurídicos, algum preceito de direito excepcional.

(...)

Na exegese da lei fiscal, o intérprete levará em conta não só o elemento léxico, como o lógico.

*Investigará, então, o motivo por que foi a lei elaborada (**occasio legis, mens legislatoris**), ou princípios que presidiram à sua elaboração (trabalhos preparatórios e parlamentares), os antecedentes históricos da disciplina legal (estudo histórico), enfim, o seu estudo sistemático, aí compreendida a apreciação do fim visado pela lei e do enquadramento desta no sistema jurídico a que pertence.*

(...)

A interpretação moderna da lei tributária, pois, admite todos os meios e processos consentidos pelos demais ramos do direito.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

(...)

Outras vezes, o legislador menciona um conjunto de fatos, circunstâncias ou coisas, entre si aproximadas por um certo número de caracteres comuns, de modo que o todo compõe uma categoria de fatos, circunstâncias, coisas, ou situações. Nesse caso, diz-se que o legislador tributário fez uma enumeração exemplificativa e ao intérprete é dado considerar compreendidas no âmbito da relação encarada outros tantos fatos, circunstâncias, objetos, ou situações que, embora não previstos na lei, se incorporam, ou compreendem na categoria genérica que a enumeração indica.

(...)

É importante, pois, em cada caso em que surja uma enumeração de fatos geradores, ou de fatos ou circunstâncias de alguma forma relevantes para a tributação (elaboração de lançamento com base em fatos ou dados indiciários, verbi gratia), verificar se a intenção do legislador foi indicar hipóteses exclusivas, isto é, se foi a de fazer uma enumeração taxativa, ou a de fazê-la em caráter meramente exemplificativo.

O critério mais seguro, para distinguir as duas situações consiste em que, no último caso, os fatos ou circunstâncias são numerosos e guardam entre si traços comuns, que permitem reuni-los numa categoria, enquanto, no primeiro caso, a enumeração é menos ampla e os fatos ou circunstâncias deixam sobressair caracteres secundários a traduzirem situações diversas em cada hipótese, tornando-se indeterminado, ou não aparecendo qualquer elemento ou traço comum.

Em qualquer um dos casos, porém, como já acentuamos, o intérprete não faz mais do que revelar ou declarar a vontade da lei, por um exame conjugado do seu elemento léxico e do seu elemento lógico.' (Amílcar Falcão. Introdução ao Direito Tributário. Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 65-71)

É cediço que as normas tributárias admitem interpretação analógica, bem como teleológica, por isso que, tributando a lei os "serviços em geral" e excluindo os médico-hospitalares, torna estreme de dúvida que toda e qualquer atividade médica, pessoal ou instrumental em prol da saúde humana, está encartada no favor fiscal da redução de alíquota."

Ainda que faça ressalva à amplitude da conclusão adotada, não há dúvida de que a norma legal em exame não teve em mira os custos do contribuinte, mas a natureza do serviço – essencial à população –, considerado direito fundamental, que é a saúde, previsto na Carta Magna nestes termos:

"Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

(...)

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado."

A definição do Imposto de Renda como tributo direto e de natureza preponderantemente fiscal não impede que o legislador dele se utilize para buscar uma finalidade extrafiscal, prática rotineira para a realização da política de incentivo a atividades setoriais (Sudene, Sudam, etc). Aliás, todo imposto, direto ou indireto, pode, em maior ou menor grau, ser utilizado com propósito que não se resume à mera arrecadação de recursos para o cofre do Estado.

Quanto à extrafiscalidade da tributação, destaca-se a lição de Alfredo Augusto Becker, que bem evidencia estar ela presente em todos os tributos:

"O que no passado ocorreu, foi a prevalência absoluta da tributação simplesmente fiscal, ante uma tímida e esporádica tributação extrafiscal quase sempre exercida de um modo inconsciente ou rudimentar.

Neste ponto germinal da metamorfose jurídica dos tributos, a transfiguração que ocorre é, em síntese, a seguinte: na construção jurídica de todos e de cada tributo, nunca mais estará ausente o finalismo extrafiscal, nem será esquecido o fiscal. Ambos coexistirão sempre - agora de um modo consciente e desejado - na construção jurídica de cada tributo; apenas haverá maior ou menor prevalência neste ou naquele sentido, a fim de melhor estabelecer o equilíbrio econômico-social do orçamento cíclico" (Becker, Alfredo Augusto, Teoria Geral do Direito Tributário, 3ª ed., São Paulo: Lejus, 2002. Pág. 597).

Repensando o tema, verifico que a interpretação dada pela Primeira Seção restou atrelada à aplicação prévia e exclusiva do art. 111, II, do CTN, deixando em plano secundário o real propósito da lei, ao adotar a exegese de que a norma seria voltada àqueles contribuintes que tivessem maiores custos no desenvolvimento de sua atividade por serem dotados de uma estrutura física capaz de realizar a internação de pacientes.

Não se atentou para o escopo extrafiscal da norma, uma vez que o reconhecimento de que a tributação do imposto de renda seria menor para os contribuintes que arcaram com maior custo não implica necessariamente reconhecer a função extrafiscal do benefício, já que essa espécie tributária, por sua própria sistemática de deduções da base de cálculo, visa cobrar menos daqueles que menor lucro tiverem alcançado no período-base.

A verdadeira função extrafiscal dos tributos é aquela que visa estimular ou reprimir comportamentos que estejam relacionados a valores eleitos pelo legislador como fundamentais à sociedade.

O benefício em comento foi concedido de forma objetiva, visou reduzir a carga tributária em função do fato tributado, qual seja, a renda decorrente da

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

"prestação de serviços hospitalares". Cabe aqui melhor aprofundar o caráter objetivo do benefício fiscal. Mais uma vez, sirvo-me da lição do Professor Souto Maior Borges:

"A isenção objetiva, como o nome está a indicar, exclui o âmbito material da tributação, o aspecto objetivo do fato gerador (hipótese de incidência). Em virtude da regra de isenção objetiva, fatos geradores que, se inexistisse o preceito isentivo, estariam dentro do campo de incidência do tributo, dele são excluídos.

Com efeito, nessa hipótese, a isenção relaciona-se com o elemento objetivo do fato gerador. Por meio da regra jurídica que isenta é retirado do campo de incidência do tributo algum bem, abstraindo-se considerações de ordem pessoal. Isento fica esse bem, posto que, decorrendo a obrigação tributária de uma relação eminentemente pessoal, o beneficiário da isenção objetiva, em última análise, seja uma determinada pessoa" (Teoria Geral da Isenção Tributária, 3ª ed., Malheiros Editores: São Paulo, 2001. Pág. 258).

Se a intenção do legislador – que, não se deve esquecer, representa a vontade popular – fosse beneficiar determinados contribuintes em face de suas características particulares, concedendo, assim, uma isenção subjetiva, a regra deveria referir-se a esses sujeitos, e não ao serviço por eles prestado.

Dessa forma, não se deve restringir o benefício aos hospitais, até mesmo porque, se esse fosse o propósito da lei, caberia explicitar-se que a concessão estaria dirigida apenas a esses estabelecimentos, pois nada o impediria de ter assim procedido.

Afastada a premissa de que esse benefício fiscal não foi concedido de forma subjetiva, mas objetiva, em razão do serviço prestado, desfaz-se a idéia de que o fim buscado pela norma foi concedê-lo aos contribuintes que, por realizarem internação de pacientes, suportam altos custos operacionais.

Deve-se considerar que a própria Secretaria da Receita Federal, ao examinar o dispositivo, não condiciona o reconhecimento do benefício à internação de pacientes, circunstância que não pode ser ignorada pelo Poder Judiciário.

A Receita Federal tem reconhecido o direito à base de cálculo reduzida do IRPJ a prestadores de serviços hospitalares, mesmo que esses não possuam estrutura física para realizar internação de pacientes.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes administrativos, que reconhecem a redução para laboratório de análise clínica, instituto de hematologia, clínica de hemodiálise, de diagnóstico por imagem, mesmo sem que tais contribuintes realizem internação de pacientes:

"Número do Recurso: 147511
Câmara: PRIMEIRA CÂMARA
Número do Processo: 10530.001004/2003-21
Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO
Matéria: IRPJ

Ministro José de Castro Meira

Recorrente: CLÍNICA SENHOR DO BOMFIM LTDA.

Recorrida/Interessado: 1ª TURMA/DRJ-SALVADOR/BA

Data da Sessão: 22/09/2006 00:00:00

Relator: Sandra Maria Faroni

Decisão: Acórdão 101-95766

Resultado: DPM - DAR PROVIMENTO POR MAIORIA

Texto da Decisão: Por maioria de votos, DAR provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Sandra Maria Faroni (Relatora), Paulo Roberto Cortez e Manoel Antonio Gadelha Dias que negaram provimento ao recurso. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro João Carlos de Lima Júnior.

Ementa: IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE HEMODIÁLISE – NATUREZA HOSPITALAR – ALÍQUOTA DE 8% SOBRE A RECEITA BRUTA MENSAL. **Não importa o local em que o serviço é prestado para que sua natureza seja considerada hospitalar, mas tão somente a essência intrínseca da prestação, qual seja, dar amparo à saúde humana.** Considerando-se a complexidade que envolve a prestação de serviço de hemodiálise, que exige pessoal especializado, espaço físico adequado, equipamentos sofisticados e rotinas procedimentais específicas, o mesmo pode ser enquadrado como 'serviços hospitalares', devendo-lhe ser aplicada a alíquota reduzida de 8% para fins de apuração da base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica" (grifo nosso).

"Número do Recurso: 123101

Câmara: SÉTIMA CÂMARA

Número do Processo: 10530.00091998-82

Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Matéria: IRPJ

Recorrente: INSTITUTO DE HEMATOLOGIA E HEMOTERAPIA LTDA.

Recorrida/Interessado: DRJ-SALVADOR/BA

Data da Sessão: 14/04/2005 00:00:00

Relator: Nilton Pess

Decisão: Acórdão 107-08062

Resultado: DPU - DAR PROVIMENTO POR UNANIMIDADE

Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso..

Inteiro Teor do Acórdão - ac107-08.062 123101.pdf

Ementa: SERVIÇOS HOSPITALARES - COEFICIENTES PARA APURAÇÃO DE LÚCRO PRESUMIDO – Demonstrado que a prestação de serviços por estabelecimentos de assistência à saúde, se enquadrem dentre as atividades compreendidas como serviços hospitalares, cabível a aplicação do coeficiente de 8%, para fins de apuração de lucro presumido.

Trecho do inteiro teor:

'Portanto, a existência de um estabelecimento de saúde, que desenvolva as atividades características de prestação de serviços hospitalares, possuindo

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

estrutura física condizente com a de um hospital, prestando serviços no tratamento de doenças, dispo de atendimento a casos de urgência, ou não, incluindo serviços de enfermagem, **muito embora como no caso presente, caracterizando-se como 'hospital-dia', sem pernoite, reúne as condições para enquadramento na utilização da alíquota de 8%'**" (grifo nosso).

"Número do Recurso: 146181
Câmara: QUINTA CÂMARA
Número do Processo: 10665.000878/2004-17
Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO
Matéria: IRPJ
Recorrente: LABORATÓRIO DIVINÓPOLIS LTDA.

Recorrida/Interessado: 2ª TURMA/DRJ-BELO HORIZONTE/MG

Data da Sessão: 08/12/2005 00:00:00
Relator: Cláudia Lúcia Pimentel Martins da Silva
Decisão: Acórdão 105-15473
Resultado: DPU - DAR PROVIMENTO POR UNANIMIDADE

Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso.

Ementa: SERVIÇOS HOSPITALARES - LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS - LUCRO PRESUMIDO - Para fins de definição dos percentuais de presunção a serem utilizados na apuração da base de cálculo do IRPJ, **constitui prestação de serviços hospitalares a atividade de laboratório de análises clínicas, desde que estejam presentes os elementos necessários para que a pessoa jurídica possa ser qualificada como sociedade empresária, ainda que o registro de seu contrato social não atenda aos requisitos formais impostos pela legislação comercial.**

Recurso voluntário provido" (grifo nosso).

"Número do Recurso: 146187
Câmara: QUINTA CÂMARA
Número do Processo: 10665.000486/2004-58
Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO
Matéria: IRPJ
Recorrente: LABORATÓRIO DIVINÓPOLIS LTDA.

Recorrida/Interessado: 2ª TURMA/DRJ-BELO HORIZONTE/MG

Data da Sessão: 07/12/2005 00:00:00
Relator: Cláudia Lúcia Pimentel Martins da Silva
Decisão: Acórdão 105-15453
Resultado: DPU - DAR PROVIMENTO POR UNANIMIDADE

Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso.

Ementa: SERVIÇOS HOSPITALARES. LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS. LUCRO PRESUMIDO. **Para fins de definição dos percentuais de presunção a serem utilizados na apuração da base de**

Ministro José de Castro Meira

cálculo do IRPJ, constitui prestação de serviços hospitalares a atividade de laboratório de análises clínicas, desde que estejam presentes os elementos necessários para que a pessoa jurídica possa ser qualificada como sociedade empresária, ainda que o registro de seu contrato social não atenda aos requisitos formais impostos pela legislação comercial.

Recurso Voluntário Provido" (grifo nosso).

"Número do Recurso: 140100

Câmara: PRIMEIRA CÂMARA

Número do Processo: 10680.014258/2002-13

Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Matéria: IRPJ

Recorrente: CLÍNICA SANTO ANTONIO SC LTDA.

Recorrida/Interessado: 3ª TURMA/DRJ-BELO HORIZONTE/MG

Data da Sessão: 10/08/2005 00:00:00

Relator: Orlando José Gonçalves Bueno

Decisão: Acórdão 101-95117

Resultado: DPU - DAR PROVIMENTO POR UNANIMIDADE

Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso.

Ementa: LUCRO PRESUMIDO – SERVIÇOS DE HEMODIÁLISE – ALÍQUOTA APLICÁVEL – LEI Nº 9.249/95 – CONTEXTO FÁTICO – ATIVIDADE HOSPITALAR – A interpretação do julgador deve se vincular a lei, e para proceder a aplicação consentânea ao Direito deve considerar todos os fatos da realidade operacional da atividade desenvolvida pela contribuinte. **Em face disso, os serviços prestados de hemodiálise, considerando a estrutura funcional, e demais condições operacionais, que compõem o caráter empresarial da prestação, não se confundem com uma mera prestação de serviços de profissão regulamentada, mas sim e propriamente, no caso concreto, com verdadeira prestação de serviços hospitalares.** Assim, tal enquadramento quanto a alíquota aplicável no regime de tributação de lucro presumido, se insere na exceção prevista no art. 15, §1º, inciso III, alínea 'a' da Lei nº 9.249/95. Recurso provido" (grifo nosso).

"Número do Recurso: 140187

Câmara: OITAVA CÂMARA

Número do Processo: 13606.000212/2002-90

Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Matéria: IRPJ

Recorrente: NÚCLEO DE IMAGEM DIAGNÓSTICOS SC LTDA.

Recorrida/Interessado: 2ª TURMA/DRJ-BELO HORIZONTE/MG

Data da Sessão: 14/04/2005 00:00:00

Relator: Luiz Alberto Cava Maceira

Decisão: Acórdão 108-08280

Resultado: DPPU - DAR PROVIMENTO PARCIAL POR UNANIMIDADE

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares suscitadas pelo recorrente, e, no mérito, por maioria de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para reduzir o coeficiente da base de cálculo do imposto para 8% (oito por cento) sobre receitas com serviços de diagnósticos radiológicos, vencidos os Conselheiros Luiz Alberto Cava Maceira (Relator) e Margil Mourão Gil Nunes, que também afastavam a exigência do item 2 do auto de infração, sendo designada a Conselheira Ivete Malaquias Pessoa Monteiro para redigir o voto vencedor referente a este item 2 do auto de infração. Ausente, justificadamente, a Conselheira Karem Jureidini Dias de Mello Peixoto.

Ementa: IRPJ - LUCRO PRESUMIDO - PERCENTUAIS - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE DIAGNÓSTICO POR IMAGEM - A mencionada prestação de serviços por se enquadrar dentre as atividades compreendidas nas atribuições de atendimento a pacientes externos e internos em ações de apoio à recuperação da saúde, poderão ser enquadradas como serviços hospitalares, podendo-lhes ser aplicado o percentual de 8% para fins de determinação do lucro presumido, conforme estabelecido pela IN-SRF nº 306/2003" (grifo nosso).

Evidentemente, não se quer dizer com isso que a interpretação a ser conferida pelo STJ à lei federal deva pautar-se por aquela conferida por um órgão do executivo. Todavia, não pode o Judiciário interpretar a lei em dissonância com aquilo que efetivamente ocorre no mundo dos fatos. Não é justo admitir-se uma jurisprudência do STJ mais gravosa ao contribuinte do que a própria orientação administrativa da SRF, que também serve como um dos elementos de investigação para determinar o verdadeiro conteúdo da norma.

É de se registrar que a interpretação dada pela Receita Federal à norma tributária em muito se aproxima de uma interpretação autêntica. Esse órgão especializado da Administração não só é destinatário da lei, como também participa das tratativas da sua elaboração. Certamente, ao editar atos regulamentares, a SRF leva em consideração a finalidade objetivada com a edição da lei, circunstância que não pode ser desprezada pelo Judiciário.

Cabe, pois, analisar as normas editadas pela SRF sobre a matéria.

Em um primeiro momento, desde a edição da Lei 9.249/95 até o ano de 2003, não foram baixados atos normativos para especificar o que a Administração entenderia por serviços hospitalares e, de fato, neste período, estava a Procuradoria da Fazenda Nacional autorizada a ter maior liberdade sobre qual o conteúdo da expressão "serviços hospitalares".

Em 12 de março de 2003, foi editada a Instrução Normativa nº 306/2003, que trouxe as seguintes disposições:

"Art. 23. (...)”

Nessa primeira regulamentação, não houve nenhuma referência à internação de pacientes como condição para fazer jus ao benefício. Nos termos da lei, a IN 306/2003 limitou-se a focar a análise do benefício a partir, primordialmente, da natureza dos serviços prestados, e não das características dos contribuintes que os realizam.

No entanto, em 15 de dezembro de 2004, foi editada a IN 480, que revogou a norma precedente, passando a exigir-se, para a configuração da prestação de um "serviço hospitalar", que o contribuinte tivesse, ao menos, cinco leitos para a internação de pacientes:

"Art. 27. Para os fins previstos nesta Instrução Normativa, são considerados serviços hospitalares somente aqueles prestados por estabelecimentos hospitalares.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, consideram-se estabelecimentos hospitalares, aqueles estabelecimentos com pelo menos 5 (cinco) leitos para internação de pacientes, que garantam um atendimento básico de diagnóstico e tratamento, com equipe clínica organizada e com prova de admissão e assistência permanente prestada por médicos, que possuam serviços de enfermagem e atendimento terapêutico direto ao paciente, durante 24 horas, com disponibilidade de serviços de laboratório e radiologia, serviços de cirurgia e/ou parto, bem como registros médicos organizados para a rápida observação e acompanhamento dos casos.

§ 2º Para efeito de enquadramento do estabelecimento como hospitalar levar-se-á, ainda, em conta se o mesmo está compreendido na classificação fiscal do Cadastro Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), na classe 8511-1 – Atividades de Atendimento Hospitalar.

§ 3º São considerados pagamentos de serviços hospitalares, para os fins desta Instrução Normativa, àqueles efetuados às pessoas jurídicas:

I - prestadoras de serviços pré-hospitalares, na área de urgência, realizados por meio de UTI móvel, instaladas em ambulâncias de suporte avançado (Tipo 'D') ou em aeronave de suporte médico (Tipo "E"); e

II - prestadoras de serviços de emergências médicas, realizados por meio de UTI móvel, instaladas em ambulâncias classificadas nos Tipos 'A', 'B', 'C' e 'F', que possuam médicos e equipamentos que possibilitem oferecer ao paciente suporte avançado de vida."

Ora, o excesso é evidente. Como visto, o benefício instituído pela Lei 9.249/95 teve em consideração o serviço prestado. A IN 480/2004, a pretexto de regulamentá-la, deixou em segundo plano as atividades a serem realizadas e preocupou-se em estabelecer condições a serem preenchidas pelos contribuintes.

Por último, em 25 de abril de 2005, foi editada a IN 539/2005, atualmente em vigor, a qual fez uma mescla entre as regulamentações previstas nas IN's 306/2003 e 480/2004. Quanto aos serviços a serem executados, foram elencados de forma elástica, abarcando uma gama de atividades, à semelhança da IN 306. Entretanto, exigiu-se que a realização dessas atividades fosse feita por contribuinte que possuísse estrutura física capaz de internar pacientes:

"Art. 27. Para fins do disposto nesta Instrução Normativa, são considerados serviços hospitalares aqueles diretamente ligados à atenção e assistência à saúde, de que trata o subitem 2.1 da Parte II da Resolução de Diretoria Colegiada (RDC) da Agência Nacional de Vigilância Sanitária nº 50, de 21 de fevereiro de 2002, alterada pela RDC nº 307, de 14 de novembro de 2002, e pela RDC nº 189, de 18 de julho de 2003, prestados por empresário ou sociedade empresária, que exerça uma ou mais das:

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

I - seguintes atribuições:

- a) prestação de atendimento eletivo de promoção e assistência à saúde em regime ambulatorial e de hospital-dia (atribuição 1);
- b) prestação de atendimento imediato de assistência à saúde (atribuição 2); ou
- c) prestação de atendimento de assistência à saúde em regime de internação (atribuição 3);

II - atividades fins da prestação de atendimento de apoio ao diagnóstico e terapia (atribuição 4).

§ 1º A estrutura física do estabelecimento assistencial de saúde deverá atender ao disposto no item 3 da Parte II da Resolução de que trata o *caput*, conforme comprovação por meio de documento competente expedido pela vigilância sanitária estadual ou municipal.

§ 2º São também considerados serviços hospitalares, para fins do disposto nesta Instrução Normativa, os seguintes serviços prestados por empresário ou sociedade empresária:

I - pré-hospitalares, na área de urgência, realizados por meio de UTI móvel, instaladas em ambulâncias de suporte avançado (Tipo "D") ou em aeronave de suporte médico (Tipo "E");

II - de emergências médicas, realizados por meio de UTI móvel, instaladas em ambulâncias classificadas nos Tipos "A", "B", "C" e "F", que possuam médicos e equipamentos que possibilitem oferecer ao paciente suporte avançado de vida" (grifo nosso).

Esse é o panorama atual das normas complementares. Ainda que a recorrente argumente ser necessário que o contribuinte proceda à internação de pacientes, a norma regulamentadora por ela expedida administrativamente não faz essa exigência para todos os serviços que elenca, como por exemplo, para os serviços de UTI-móvel (§ 2º), o que por si só já contradiz o argumento da Procuradoria de que o conteúdo da Lei 9.249/95 seria favorecer os contribuintes que possuam elevados custos operacionais em razão de realizarem internação de pacientes.

Em outros processos, tem argumentado a recorrente que os serviços considerados hospitalares nas IN's acima transcritas se referem apenas ao recolhimento do IR-Fonte quando da prestação de serviços para entes da Administração Federal, nos termos do art. 32 da IN 480/2004:

"Art. 32. As disposições constantes nesta Instrução Normativa:

I - alcançam somente a retenção na fonte do IRPJ, da CSLL, da Cofins e da Contribuição para o PIS/Pasep, realizada para fins de atendimento ao estabelecido nos arts. 64 da Lei nº 9.430, de 1996, e 34 da Lei nº 10.833, de 2003;

II - não alteram a aplicação dos percentuais de presunção para efeito de apuração da base de cálculo do imposto de renda a que estão sujeitas as pessoas jurídicas beneficiárias dos respectivos pagamentos, estabelecidos no art. 15 da Lei nº 9.249, de 1995, exceto quanto aos serviços de construção por empreitada com emprego de materiais, de que trata o inciso II do art 1º, e aos serviços hospitalares, de que trata o art. 27."

Não procede tal argumento. A dispensa da capacidade de internação hospitalar tem supedâneo diretamente na Lei 9.249/95, pelo que se mostra irrelevante para tal intento as disposições constantes em atos regulamentares. Ademais, não

é aceitável a distinção pretendida pelo Fisco, ao considerar determinadas pessoas prestadoras de serviços hospitalares para fins de recolhimento do IR-Fonte e não admiti-las para efeitos de tributação do IRPJ pelo lucro presumido. Tal construção possibilitaria autorizar ao Fisco escolher livremente a qualificação dos contribuintes para cada tipo de tributo e para cada forma de recolhimento e, com isso, ser-lhe-ia dado sempre alterar a matéria tributável como se legislador fosse.

Impende, ainda, observar que, não obstante o contido nas instruções normativas, o Conselho de Contribuintes da SRF não deixou de proferir decisões favoráveis aos contribuintes que não realizam internação de pacientes. Nesse sentido, destaco recente decisão do último mês de junho na qual um prestador de serviços de hematologia e hemoterapia teve o benefício concedido, à unanimidade, mesmo sem ter sido exigida prova da presença de uma estrutura física para realizar a internação de pacientes:

"Número do Recurso: 154789
Câmara: TERCEIRA CÂMARA
Número do Processo: 10530.002437/2003-02
Tipo do Recurso: DE OFÍCIO
Matéria: IRPJ
Recorrente: 1ª TURMA/DRJ-SALVADOR/BA
Recorrida/Interessado: INSTITUTO DE HEMATOLOGIA E
HEMOTERAPIA LTDA
Data da Sessão: 14/06/2007 00:00:00
Relator: Leonardo de Andrade Couto
Decisão: Acórdão 103-23075
Resultado: NPU - NEGADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE

Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso 'ex officio'.

Ementa: Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003
Ementa: LUCRO PRESUMIDO. PERCENTUAL. Demonstrado nos autos que o sujeito passivo exerce atividades definidas na legislação como serviços hospitalares, cabível a apuração do lucro presumido com percentual de 8%. Publicado no D.O.U. nº 143 de 26/07/2007".

Destaca-se trecho do inteiro teor da decisão:

"A autoridade lançadora decidiu pela aplicação da alíquota de 32% com vistas à apuração do lucro presumido, por entender que o sujeito passivo não prestaria serviços hospitalares, mas sim prestação de serviços para hospitais, tendo em vista que não haveria internação.

.....
Por fim, a decisão recorrida transcreve norma da Receita Federal do Brasil que especifica as atividades que seriam consideradas como serviços hospitalares, para efeito de aplicação do art. 15, § 1º, inciso III, alínea "a", da Lei nº 9.249/95. No texto legal não é mencionada especificamente a internação, mas sim que as pessoas jurídicas sejam diretamente ligadas à atenção e assistência à saúde e possuam estrutura física condizente para execução de uma das atividades relacionadas em Ato do Ministério da Saúde e arroladas na mencionada norma.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Como bem destacou a decisão recorrida, dentre essas atividades estão elencadas as exercidas pela interessada.

Pelo exposto, entendo que não há reparo ao Acórdão recorrido motivo pelo qual voto por negar provimento ao recurso *ex officio*."

Ressalte-se que o posicionamento oficial da própria Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional se acha consignado no Parecer PGFNCAT nº 112/2006 – aprovado em 18.01.2006 –, que admite a concessão do benefício a outros prestadores de serviço de saúde que não os hospitais. Nele se esclarece que sua edição teve por objetivo unificar o entendimento jurídico no âmbito da Administração e pôr fim ao conflito de posicionamentos existente entre a SRF e a PGFN.

Transcrevem-se os trechos elucidativos da peça elaborada pela Coordenação-Geral de Assuntos Tributários da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional:

"O Parecer PGFNCAT nº 1466/2004 explicitou entendimento desta Coordenação-Geral de Assuntos Tributários da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional em terna de alcance de tributação em face de estabelecimentos hospitalares e clínicas médicas. Entendeu-se pela impossibilidade de utilização de alíquotas e percentuais de serviços hospitalares por parte de laboratórios de análises clínicas, clínicas de ortopedia, traumatologia, radiológicas e demais serviços que, no sentir do referido parecer, não se configuravam como hospitais. Como âncora interpretativa o parecer citado centrava-se na vedação de utilização de recursos exegéticos analógicos. Aprovado e divulgado, o parecer suscitou dúvidas na sua aplicabilidade, dado que, em princípio, havia entendimento diverso da Secretaria da Receita Federal, que acena com a possibilidade de utilização da benesse fiscal por parte de prestadores de serviços de saúde, que não necessariamente hospitais. É o *quantum sufficit* da querela que se desenhava.

Ato contínuo, corno desdobramento desta eventual antinomia, institucional, a Senhora Coordenadora-Geral responsável por esta projeção, confeccionou e encaminhou a Nota PGFNCAT nº 825/2004, historiando o fato, suscitando manifestação de quem de obrigação e de direito, *sugerindo a oitiva da mencionada Secretaria, considerando a necessária harmonia que deve nortear o entendimento de dois órgãos na cobrança de tributos federais e na interpretação das respectivas normas*. Como pano de fundo, entendimento desta Coordenação-Geral, no sentido de alinhamento e convergência, qualificando harmonia institucional, em favor da Administração, e em prol da segurança dos administrados. Para tal, há reserva normativa de ação, centrado no princípio da autotutela, porque a *Administração Pública está obrigada a policiar, em relação ao mérito e à legalidade, os atos administrativos que pratica (...) cabe-lhe, assim, retirar do ordenamento jurídico os atos inconvenientes e inoportunos e os ilegítimos. Assim, se evidenciado entendimento inadequado por parte desta Coordenação-Geral, e parece ser o caso, necessário é a revogação do parecer. E trata-se da circunstância presente.*

Resumidamente, a Nota Técnica Cosit nº 38, de 2005, faz menção ao Parecer Normativo CST nº 36, de 30 de maio de 1977, que explicitava

entendimento extensivo ao conceito de hospital, envolvendo despesas com tratamento e recuperação de pacientes, durante o período de internação em hospital ou casa de saúde, bem como *despesas efetuadas com enfermeiros, massagistas e demais profissionais cujos serviços, em razão do estado físico ou mental dos paciente, se manifestem necessários*. Também, nos termos da referida nota, havia vínculo interpretativo com a Portaria GM nº 30, de 11 de fevereiro de 1977, do Ministério da Saúde. E anotou-se que (...) *as decisões no âmbito da SRF vinham se pautando no conceito de que os serviços hospitalares são todos aqueles que objetivam diretamente a recuperação do paciente, durante o período de internação em hospital ou casa de saúde, por meio de tratamento adequado e necessário, agregando toda a gama de serviços e profissionais relacionados com o objetivo final* (...).

.....
A Nota Cosit nº 38, de 2005, justificou os novos contornos infralegais, explicitando que (...) *a alteração procedida pela SRF teve o condão de adequar a norma tributária à realidade do mercado de serviços de saúde, haja vista que grande parte do faturamento dos hospitais se deve ao atendimento externo de pacientes, quer seja por meio de consultas ou através da realização de exames laboratoriais e radiológicos, visto que admitir que a prestação do mesmo serviço seja tributada de forma diversa, apenas porque o estabelecimento de saúde é um hospital, nada obstante o dispositivo legal referir-se a serviços hospitalares, é dar tratamento diferenciado a contribuintes que realizam as mesmas atividades em flagrante ofensa ao princípio da isonomia tributária*.

.....
O Parecer PGFN/CAT nº 1446/2004 baseou-se em decisões então pretéritas, que se proferiam em âmbito dos Conselhos de Contribuintes. O processo relatado por Tânia Koetz Moreira é de 10 de maio de 2000. O processo relatado por Márcia Maria Loria Meira é de 21 de fevereiro de 2001. O processo relatado por Natanael Martins é de 18 de outubro de 2001. Eram os precedentes com os quais se contava, à época da confecção do parecer que aqui se problematiza, e que sustentavam a tese da União.

Entendimento distinto, no entanto, e bem entendido, já se manifestava, com reticências, por fás e por nelas, isto é, de qualquer modo, e de forma incontida. Assim, no Recurso nº 132561, da 33ª Câmara, lavrou-se o acórdão 103-21278, dando conta de que *as clínicas radiológicas, diferentemente das clínicas de prestação de serviços médicos, dada a complexidade dos exames prestados, tem características de serviços hospitalares, inclusive relativamente ao custo dos serviços oferecidos e, portanto, tem a base de cálculo do lucro presumido ao coeficiente de 8%*.

Outro julgado, da 7ª Câmara, lavrado em 13 de agosto de 2003, e tombado no Acórdão 107-07267, especificou que *para efeito de determinação da base de cálculo do imposto de renda apurado pelo lucro presumido, deverá ser aplicado o coeficiente de 8% (oito por cento) sobre a receita bruta da atividade*. A tendência, ao que consta, se reverte em favor de tese indicativa de interpretação mais ampla de serviços hospitalares, a exemplo de julgado da 8ª Câmara, no Acórdão 108-08354, a propósito de fixação de alíquotas de imposto de renda, em âmbito de UTI móvel.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Persistir-se em interpretação literal, embora juridicamente adequada e analiticamente correta, como indicado no Parecer PGFN/CA T n° 1466/2004, **pode consubstanciar quixotesca posição contrariada pela própria Secretaria da Receita Federal**, e condimentada por caudalosa produção pretoriana. Neste sentido, a jurisprudência é mais que um conselho, embora seja menos do que uma ordem, e a pragmática recomenda que seja seguida, bem como o modelo jurídico determina que seja respeitada.

De tal modo, propõe-se a revogação do Parecer PGFN/CA T n° 1446/2004, como adequada medida de autotutela, adotando-se entendimento já externado pela Secretaria da Receita Federal, especialmente pela Nota Cosit n° 38, de 2005, com referencial em interpretações do Superior Tribunal de Justiça, todas aqui declinadas, *de modo que se adote o conceito de serviço hospitalar com base na natureza do serviço desenvolvido pelo estabelecimento assistencial de saúde*. Propõe-se a divulgação do presente parecer a todas as unidades da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, a par de encaminhamento à Secretaria da Receita Federal" (grifo nosso).

Essas considerações não se prestam para determinar a interpretação que deve ser dada à lei pelo STJ. Tais fatos, entretanto, comprovam o equívoco em denegar benefício que a própria Administração vem reconhecendo.

Assim, tendo em vista que a Lei 9.249/95 não fez nenhuma exigência referente ao contribuinte que presta serviços hospitalares, não pode ato infraregal passar a exigi-lo. A pretexto de realizar-se uma interpretação restritiva da norma, não se pode transformar o benefício em subjetivo quando foi instituído em termos objetivos.

Em conclusão, por serviços hospitalares compreendem-se aqueles que estão relacionados às atividades desenvolvidas nos hospitais, ligados diretamente à promoção da saúde, podendo ser prestados no interior do estabelecimento hospitalar, mas não havendo esta obrigatoriedade. Deve-se, por certo, excluir do benefício simples prestações de serviços realizadas por profissionais liberais consubstanciadas em consultas médicas, já que essa atividade não se identifica com as atividades prestadas no âmbito hospitalar, mas, sim, nos consultórios médicos.

Por fim, ressalte-se que todos os argumentos acima delineados são também aplicáveis à tributação da CSLL, já que a opção legislativa inserta no art. 20 da Lei 9.249/95 – dispositivo que juntamente com o art. 15, § 1º, III, "a" foi tido por violado pela recorrente – adotou para a tributação dessa contribuição a mesma sistemática determinada para o imposto de renda:

"Art. 20. A base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido, devida pelas pessoas jurídicas que efetuarem o pagamento mensal a que se referem os arts. 27 e 29 a 34 da Lei no 8.981, de 20 de janeiro de 1995, e pelas pessoas jurídicas desobrigadas de escrituração contábil, corresponderá a doze por cento da receita bruta, na forma definida na legislação vigente, auferida em cada mês

Ministro José de Castro Meira

do ano-calendário, exceto para as pessoas jurídicas que exerçam as atividades a que se **refere o inciso III do § 1º do art. 15**, cujo percentual corresponderá a trinta e dois por cento" (grifo nosso).

As contribuições, da mesma forma que os tributos em geral, também podem ter sua tributação baseada em finalidade extrafiscal.

Com esta exegese, não está excluído por completo o aspecto referente aos custos dos contribuintes, uma vez que, para que esses efetivamente prestem serviços hospitalares, necessitam possuir um suporte material e humano específico – instrumentos necessários à elaboração de diagnósticos e intervenções cirúrgicas, bem como profissionais especializados para sua utilização, sendo tal aparato diverso e mais oneroso do que aquele relacionado com a simples prestação de consultas médicas.

Dessa forma, duas situações convergem para a concessão do benefício: a prestação de serviços hospitalares e que esta seja realizada por contribuinte que no desenvolvimento de sua atividade possua custos diferenciados da simples prestação de atendimento médico, sem, contudo, decorrerem esses custos necessariamente da internação de pacientes.

De qualquer modo, as atividades que sejam consideradas serviços hospitalares para efeitos da tributação aqui tratada não se identificarão necessariamente com o que venha a ser dito pela Receita Federal em suas Instruções Normativas. Se assim o fosse a função constitucional do STJ de interpretar a lei federal estaria usurpada.

No caso destes autos, o Tribunal *a quo* reconheceu o direito ao benefício fiscal em questão à contribuinte, que presta serviços de litotripsia, conforme consignado no acórdão recorrido:

"Consoante o Estatuto Social da impetrante (fl. 29), esta tem como objeto social a *prestação de serviços médicos através de litotripsia*, que consiste, segundo as informações prestadas pela própria impetrante (fl. 84), em procedimento para fragmentação do cálculo renal através de aplicação de ondas de choque que explodem a pedra, contendo gerador de raio-x, radiografia digital e ultra-som.

Considero, assim, que tais atividades enquadram-se no conceito de serviço hospitalar, nos termos da Lei 9.249/95, o que lhe permite gozar da base de cálculo reduzida" (fl. 115).

A recorrente limita-se a alegar que a recorrida não é hospital, já que não realiza internação de pacientes e, por isso, não faria jus à redução da base de cálculo do IRPJ.

Como já analisado, a Lei 9.249/95 não estabeleceu condições particulares a serem observadas pelo contribuinte para conceder a redução da base de cálculo do IRPJ apurado pelo lucro presumido. Essa busca estimular a prestação dos serviços de saúde objetivamente considerada. Logo, entendo que não merece guarida o argumento da União.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso especial.**

É como voto.

**Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos
Magistrados no TFR e no STJ**

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2007/0110236-0

REsp 951251 / PR

Número Origem: 200570010056300

PAUTA: 22/04/2009

JULGADO: 22/04/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FLAVIO GIRON**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL

PROCURADORES : LUÍS ALBERTO SAAVEDRA E OUTRO(S)

CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO

RECORRIDO : UROCLIN SERVIÇOS MÉDICOS S/C LTDA

ADVOGADO : REGIS LUIS JACQUES BOHRER

ASSUNTO: Tributário - Imposto de Renda - Pessoa Jurídica - Sobre Lucro Líquido

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Proseguindo no julgamento, a Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com os acréscimos do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki."

A Sra. Ministra Denise Arruda e os Srs. Ministros Humberto Martins, Eliana Calmon, Francisco Falcão e Teori Albino Zavascki (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves (RISTJ, art. 162, § 2º).

Brasília, 22 de abril de 2009

Carolina Vêras
Secretária



Recurso em Mandado de Segurança nº 33.620-MG*

RELATOR : MINISTRO CASTRO MEIRA
RECORRENTE : D F R (MENOR)
REPR. POR : N I R E OUTRO
ADVOGADO : ANTÔNIO LOPES NETO
RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. REVERSÃO. NETO INVÁLIDO QUE ESTAVA SOB GUARDA DA AVÓ PENSIONISTA. EQUIPARAÇÃO A FILHO PREVISTA EM LEI ESTADUAL. INTERPRETAÇÃO COMPATÍVEL COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E COM O PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO INTEGRAL DO MENOR. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. A dignidade da pessoa humana, alçada a princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico, é vetor para a consecução material dos direitos fundamentais e apenas estará assegurada quando for possível ao homem uma existência compatível com uma vida digna, na qual estão presentes, no mínimo, saúde, educação e segurança.

2. Esse princípio, tido como valor constitucional supremo, é o próprio núcleo axiológico da Constituição, em torno do qual gravitam os direitos fundamentais, auxiliando na interpretação e aplicação de outras normas.

3. Não é dado ao intérprete atribuir à norma jurídica conteúdo que atente contra a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, contra o princípio de proteção integral e preferencial a crianças e adolescentes, já que esses postulados são a base do Estado Democrático de Direito e devem orientar a interpretação de todo o ordenamento jurídico.

4. O art. 33, § 3º, da Lei 8.069/90 determina que "a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários".

5. No caso, a avó paterna, pensionista de membro do Ministério Público de Minas Gerais, por decisão judicial transitada em julgado, obteve a tutela do impetrante, ante a ausência de condições financeiras dos pais biológicos.

6. O art. 149, § 1º, da Lei Complementar Estadual n.º 34/94 determina que a parcela da pensão destinada ao cônjuge sobrevivente reverterá em benefício dos filhos, em caso de morte da pensionista. Essa norma, em momento algum, limitou o instituto da reversão aos filhos do segurado. É plenamente possível,

* *In* Revista do Superior Tribunal de Justiça, vol. 226, p. 250. .

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

e mesmo recomendável, em face dos princípios já declinados, interpretá-la de modo a abarcar, também, os filhos da cônjuge sobrevivente, para evitar que fiquem desamparados materialmente com o passamento daquela que os mantinha.

7. Ademais, a tutela do impetrante concedida judicialmente à avó transferiu à tutora o pátrio poder, de modo que o neto tutelado, pelo menos para fins previdenciários, pode e deve ser equiparado a filho da pensionista, o que viabiliza a incidência da norma.

8. A Lei Complementar Estadual n.º 64/2002, que "institui o regime próprio de previdência e assistência social dos servidores públicos do Estado de Minas Gerais", no art. 4º, § 3º, II, equipara a filho o menor sob tutela judicial.

9. Na espécie, é fato incontroverso que o impetrante teve sua tutela deferida à avó, que durante anos foi responsável por seu sustento material. Assim, impõe-se a observância da regra contemplada no art. 4º, § 3º, II, da Lei Complementar Estadual n.º 64/2002, devendo o impetrante ser equiparado a filho sem as limitações impostas pelo acórdão recorrido.

10. Havendo regra a tutelar o direito perseguido em juízo, não deve o julgador adotar exegese restritiva da norma, de modo a amesquinhar o postulado da dignidade da pessoa humana e inibir a plena eficácia do princípio da proteção integral do menor, sobretudo quando comprovada a sua invalidez permanente.

11. Recurso ordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin (Presidente), Mauro Campbell Marques e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de dezembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (RELATOR):

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por Davi Fonseca Ribeiro, menor absolutamente incapaz, nestes autos representado pelo pai Nilton Itamar Ribeiro e pela mãe Lúcia Helena Fonseca Ribeiro, contra omissão supostamente ilegal e abusiva perpetrada pelo ilustre Procurador Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, que teria deixado de conceder ao impetrante o direito de receber pensão pelo falecimento de sua avó, e também tutora, Elza Serrano Ribeiro, então pensionista junto ao Ministério Público Estadual.

Noticiam os autos que o impetrante é portador de encefalopatia crônica infantil (paralisia cerebral) e, em 27.01.97, foi tutelado pela sua avó paterna, pensionista junto ao Ministério Público do Estado de Minas Gerais.



O impetrante pleiteia, por intermédio deste instrumento, a reversão a seu favor do benefício previdenciário de pensão por morte de sua tutora.

A Corte local, por maioria de votos, denegou a segurança pelos fundamentos resumidos na seguinte ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA - INCLUSÃO DE MENOR SOB TUTELADA AVÓ APÓS O FALECIMENTO DO SEGURADO - BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE- INEXISTÊNCIA DA QUALIDADE DE DEPENDENTE NO MOMENTO DO ÓBITO DO TITULAR - BENEFÍCIO INTRANSFERÍVEL - DENEGAR A ORDEM. - Para que alguém tenha direito aos proventos de pensão por morte, mister ostentar a qualidade de dependente, por um dos fatos previstos em lei, todos eles exigidos ao tempo do óbito do titular. É que em se tratando de benefício de pensão por morte a legislação aplicável é aquela em vigor na data do óbito do segurado, mesmo se requeridas em razão de fato superveniente, sendo aplicável o princípio 'tempus regit actum'. Neste diapasão, a incapacidade de um menor tutelado por sua avó exclusivamente, por si só, não gera qualquer direito previdenciário se o avô faleceu antes da tutela e o pretense beneficiário não estiver inscrito no órgão previdenciário como dependente e nem atender aos requisitos de ser inscrito como tal. - Para efeitos previdenciários, a incapacidade é apenas um requisito especial que caracteriza, enquanto ela existir, o estado de dependência reconhecido em lei como gerador de tal qualificação. Somente a atribuição legal de dependente é que, efetivamente, confere a qualidade de beneficiário do Regime de Previdência Estadual, essencial para aferição de qualquer benefício previsto na lei, notadamente a pensão por morte. (e-STJ fl. 347)

Por meio de recurso ordinário, o impetrante intenta a reforma do julgado.

Alega que a controvérsia dos autos demanda a interpretação teleológica de diversas disposições legais e constitucionais invocadas na petição inicial, com foco nos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da equidade, e da proteção integral e prioritária aos interesses do menor incapaz.

Argumenta o seguinte:

(a) o aresto recorrido "analisou o caso em tablado cotejando os preceitos legais de forma isolada, equivocada e em intolerável interpretação literal" (e-STJ fl. 408);

(b) "a condição do impetrante como dependente da pensionista Elza Serrano Ribeiro é incontroversa nos autos e advém do fato de ser menor tutelado" pela avó falecida (e-STJ fl. 408);

(c) a guarda do menor incapaz, nos termos do art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90), confere ao tutelado a condição de dependente, "inclusive para fins previdenciários" (e-STJ fl. 409);

(d) a "Lei Complementar Mineira n.º 64/2002, que instituiu o Regime Próprio dos Servidores de Minas Gerais, estabelece como dependente o menor sob tutela, conforme seu art. 4º, § 3º, inciso II" (e-STJ fl. 409);

(e) "não se pode restringir, tal como fez o acórdão recorrido, os efeitos da tutela judicial deferida única e simploriamente a fins assistenciais, afastando-

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

se indevidamente as consequências previdenciárias, sob pena de se malferir o disposto no art. 33, § 3º, do ECA e o art. 4º, § 3º, inciso II, da Lei Complementar Mineira n.º 64/2002" (e-STJ fl. 409);

(f) "sendo dependente da pensionista, o direito de reversão da pensão encontra-se positivado no art. 149 e parágrafos da Lei Complementar Mineira n.º 3494, que estabeleceu a Lei Orgânica do Ministério Público Estadual" (e-STJ fl. 409);

(g) "é irrelevante o fato de ter o recorrente tornado-se dependente da pensionista após o falecimento do Promotor de justiça, o segurado, óbice principal levantado pelo acórdão recorrido para o indeferimento do writ" (e-STJ fl. 410);

(h) nos termos da Súmula 340/STJ, "a lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado", devendo, no caso, ser aplicada a Lei n.º 3.807/60, que previa no art. 18 a possibilidade de inscrição posterior de dependente.

Em contrarrazões ao recurso ordinário, o recorrido reafirma os fundamentos de que se valeu a Corte Mineira para denegar a ordem mandamental. (e-STJ fls. 448-457)

Admitido na origem (e-STJ fl. 459), subiram os autos para julgamento.

O Ministério Público Federal, por meio da ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. Maria Sílvia de Meira Luedemann, opina pelo provimento do recurso, nos termos do parecer de fls. 467-474 (e-STJ), assim ementado:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. PENSÃO. MENOR TUTELADO PELA AVÓ, PENSIONISTA, E PORTADOR DE PARALISIA CEREBRAL. DEPENDÊNCIA. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. INTERPRETAÇÃO. FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CONTINUIDADE DO BENEFÍCIO. POSSIBILIDADE.

1 - Não se pode analisar as legislações infraconstitucionais envolvidas nos autos (LCE n.º 3494, LCF n.º 7593, LICCB e até mesmo o próprio ECA) sem atentar-se para as particularidades do caso concreto, mormente tendo-se em vista a situação de saúde do menor, o que, em última análise, cuida da efetivação de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a saber, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Obstar a qualidade de beneficiário ao menor, neste caso, além de negar força normativa aos princípios constitucionais, o colocaria em risco, se já não bastasse a perda da pessoa que tantos esforços envidou para garantir-lhe condições dignas de saúde física, mental e afetiva. Assim, no caso em questão, amenizando o rigor formal da legislação infraconstitucional, a concessão do "writ" é medida que se impõe, tendo em vista o melhor interesse do menor, em respeito ao preceito contido no artigo 227 da Constituição da República brasileira.

2 - "(...) 1. A regra do art. 75, II, b, da Lei 6.815/80 deve ser interpretada sistematicamente, levando em consideração, especialmente, os princípios da CF/88, da Lei 8.069/90 (ECA) e das convenções internacionais recepcionadas por nosso ordenamento jurídico. 2. A proibição de expulsão de estrangeiro

Ministro José de Castro Meira

que tenha filho brasileiro objetiva resguardar os interesses da criança, não apenas no que se refere à assistência material, mas a sua proteção em sentido integral, inclusive com a garantia dos direitos à identidade, à convivência familiar, a assistência pelos pais. 3. Precedentes da 1ª Seção: HC 31.449/DF, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 31.05.04; HC 88.882/DF, Min. Castro Meira, DJ de 17.03.2008; HC 43.604/DF, Min. Luiz Fux, DJ de 29.08.2005. 4. Ordem concedida.” (STJ, HC 102.459/DF, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1º REGIÃO), Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/06/2008, DJe 29/09/2008) - Destacamos.

3 - Parecer pelo provimento do recurso. (e-STJ fl. 467)

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (RELATOR):

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por Davi Fonseca Ribeiro, menor absolutamente incapaz, devidamente representado nos autos por seus pais Nilton Itamar Ribeiro e Lúcia Helena Fonseca Ribeiro, contra omissão supostamente abusiva e ilegal do Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, que teria deixado de reverter ao impetrante a pensão outrora paga à sua avó e tutora, Elza Serrano Ribeiro, então pensionista do Ministério Público Estadual.

Consta dos autos que o impetrante, nascido em 23.04.1993, é portador de encefalopatia crônica infantil – paralisia cerebral – decorrente de nascimento prematuro, apresentando déficit motor que impossibilita a marcha, limita os movimentos e dificulta significativamente o seu desenvolvimento. Por necessitar de cuidados especiais e de tratamento oneroso, e ante a dificuldade financeira enfrentada pelos pais biológicos, teve a sua guarda transferida à avó paterna, que se tornou sua tutora desde 14.01.1997, por decisão judicial transitada em julgado.

A avó detentora do pátrio poder, Elza Serrano Ribeiro, era pensionista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, na condição de viúva do Promotor de Justiça aposentado Nilton Val Ribeiro (avô do impetrante), e veio a falecer em 19.04.2009.

A Corte de Justiça Mineira, por maioria de votos, vencido o Desembargador Alberto Vilas Boas, denegou a segurança, amparada basicamente no fato de ter o impetrante nascido após a morte do avô, que era o verdadeiro segurado da previdência estadual, de modo que "não se permite que essa pensão se transfira ao dependente exclusivo da avó".

Rendendo vênias à posição adotada no acórdão recorrido, calcada em robusta fundamentação, creio não ser a melhor exegese dos dispositivos que normatizam a controvérsia.

(A) necessidade de aplicar o direito com foco na dignidade da pessoa humana e no princípio de proteção integral e preferencial ao menor incapaz.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

A interpretação das normas jurídicas em geral deve observar não apenas os princípios basilares do direito, mas também os fundamentos em que se ampara a República Federativa do Brasil, dentre eles a dignidade da pessoa humana, como consta do art. 1º, inciso III, da Constituição da República, *verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

Essa disposição normativa não é mera construção retórica. Deve ser entendida como um balizamento a toda atividade estatal, não apenas no desenvolvimento de políticas públicas que atentem para os fundamentos eleitos como basilares à organização do Estado brasileiro, mas também no exercício das funções legislativa e judiciária.

A dignidade da pessoa humana, alçada a princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico, é vetor para a consecução material dos direitos fundamentais e apenas estará assegurada quando for possível ao homem uma existência compatível com uma vida digna, na qual estão presentes, no mínimo, saúde, educação e segurança.

Considera-se a dignidade da pessoa humana valor constitucional supremo, o próprio núcleo axiológico da Constituição, em torno do qual gravitam os direitos fundamentais.

Em outras palavras, esse valor é revelado pela CF/88 por meio dos direitos fundamentais, aos quais confere caráter sistêmico e unitário.

É difícil imaginar que a lei, ou sua interpretação, possa descortinar situação de afronta inequívoca à dignidade da pessoa humana, sob pena de absoluto descompasso com o valor central que orienta a nossa Carta Republicana.

Deveras, a dignidade da pessoa humana atua como um postulado, auxiliando a interpretação e aplicação de outras normas.

Luís Roberto Barroso, Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, bem analisa a dignidade da pessoa humana como princípio:

que (...) identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Não tem sido singelo, todavia, o esforço para permitir que o princípio transite de uma dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais. Partindo da premissa anteriormente estabelecida de que os princípios, a despeito de sua indeterminação a partir de um certo ponto, possuem um núcleo no qual operam como regras, tem-se sustentado que no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana esse núcleo é representado pelo mínimo existencial. Embora existam visões mais ambiciosas do alcance elementar do princípio, há razoável consenso de que ele inclui pelo menos os direitos à renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça. (Interpretação e Aplicação da Constituição, p. 381).

A dignidade da pessoa humana, proclamada na Constituição Federal, é uma declaração, e não uma criação constitucional, pois preexiste à proclamação constitucional e tem o sentido de instituí-la como centro do Estado, para o qual deve convergir toda a atividade estatal. Esse princípio tem destaque em todas as relações, públicas e privadas, e tornou-se o centro axiológico da concepção do Estado Democrático de Direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos direitos fundamentais.

Assim, tratando-se de postulado central do Estado Democrático de Direito, para o qual devem convergir os poderes estatais, as leis devem atentar para a dignidade da pessoa humana e os juízes dela não podem se apartar quando as interpretam no caso concreto.

O juiz tem uma função social importantíssima, que é a de pacificar os conflitos sociais intersubjetivos que lhe são apresentados, resultantes, quase sempre, da polissemia dos termos que compõem a norma jurídica, passível, portanto, de múltiplas interpretações.

Cabe ao juiz adotar a exegese da norma que melhor atente "aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum", tal como previsto no art. 5º da antiga Lei de Introdução ao Código Civil-LICC (DL n.º 4.657/42).

A atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro-LINDB (Lei n.º 12.376/2010) veiculou disposição absolutamente idêntica, impondo a obrigação de o juiz aplicar o direito com olhos na função social da lei e no bem coletivo.

O caso em exame, que envolve interesses de menor incapaz, deve atentar também para o princípio da proteção integral da criança ou adolescente – que deriva do postulado da dignidade da pessoa humana –, a quem se assegura o exercício de todos os direitos fundamentais em condições de liberdade e dignidade.

É justamente o que preceituam os arts. 1º e 3º, da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA), *verbis*:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a **proteção integral** à criança e ao adolescente.

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da **proteção integral** de que trata esta Lei, **assegurando-se-lhes**, por lei ou por outros meios, **todas as oportunidades e facilidades**, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em **condições de liberdade e de dignidade**.

Já o art. 4º desse diploma legal veicula o princípio da proteção preferencial, em regime de absoluta prioridade, sobretudo na efetivação de direitos referentes à vida, à saúde, à educação e à dignidade, assim preconizando:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

O art. 5º dispõe que "nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência ou discriminação (...), por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais".

É evidente que a norma dirige-se, também, ao aplicador do direito, que não pode, por meio de interpretação literal e, portanto, desfocada dos princípios que tutelam os interesses de menores, sobretudo incapazes, negligenciar seus direitos fundamentais.

Por fim, o art. 6º do ECA, endossando as imposições gerais constantes da LICC e da LINDB, determina que, "na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento".

Portanto, a interpretação das normas previdenciárias que cuidam do direito à reversão ao dependente do benefício de pensão por morte não pode descuidar, nem um minuto sequer, dos princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção integral e preferencial de crianças e adolescentes, sobretudo quando acometidas de incapacidade absoluta e permanente, como no caso.

Não é dado ao intérprete atribuir um conteúdo à norma jurídica que atente contra a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, contra o princípio de proteção integral e preferencial a crianças e adolescentes, já que esses postulados são a base do Estado Democrático de Direito e devem orientar a interpretação de todo o ordenamento jurídico.

Firmada a premissa e fixado o critério interpretativo a ser utilizado no caso, passemos a examinar as normas previdenciárias que regem o direito perseguido pelo impetrante.

(B) As normas de conteúdo previdenciário aplicáveis ao caso.

O art. 33, caput, da Lei 8.069/90, ao tratar da guarda de menores, deixa claro o dever do responsável de prestar assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, ao mesmo tempo em que lhe assegura o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

Em outras palavras, a guarda transfere ao responsável o pátrio poder, que passa a ter direitos e deveres perante o menor, à semelhança dos pais, que ficam destituídos do poder familiar.

Por essa razão, o § 3º do art. 33 determina que "**a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários**".



No caso dos autos, a avó paterna, pensionista de membro do Ministério Público de Minas Gerais, por decisão judicial transitada em julgado, obteve a tutela do impetrante, dada a ausência de condições financeiras dos pais biológicos.

Portanto, ainda que não formalmente incluído como dependente no Instituto de Previdência Estadual, o impetrante adquiriu essa condição ao ser deferida a tutela judicial.

O art. 149, § 1º, da Lei Complementar Estadual n.º 34/94 determina que a parcela da pensão destinada ao cônjuge sobrevivente reverterá em benefício dos filhos, em caso de morte da pensionista, *verbis*:

Art. 149. A pensão destinada ao cônjuge sobrevivente e filhos será devida àquele enquanto perdurar a sua viuvez e, no caso dos filhos matriculados em curso regular de nível superior, estendida até a conclusão do curso, observado o limite de 25 (vinte e cinco) anos de idade, extinguindo-se, também, pela convalidação de núpcias.

§ 1º - A parcela destinada ao cônjuge sobrevivente reverterá em benefício dos filhos, em caso de morte ou cessação da viuvez, observado o disposto no *caput* deste artigo.

Segundo a interpretação dada pelo aresto recorrido, o impetrante não era filho do servidor segurado, nem mesmo da pensionista posteriormente falecida, razão por que não reconheceu haver direito a amparar a pretensão mandamental.

Com todas as vênias à posição em contrário, não me parece correto o raciocínio.

Em primeiro lugar, lembramos da necessidade de se interpretar a norma com foco na dignidade da pessoa humana e no princípio de proteção integral e preferencial do menor incapacitado.

Em segundo lugar, a norma, em momento algum, limita o instituto da reversão apenas aos filhos do segurado. É plenamente possível, e mesmo recomendável, em face dos princípios já declinados, interpretá-la de modo a abarcar, também, os filhos da cônjuge sobrevivente, para evitar que fiquem desamparados materialmente com o passamento daquela que os mantinha.

Em terceiro lugar, a tutela do impetrante, concedida judicialmente à avó, transferiu à tutora o pátrio poder, de modo que o neto tutelado, pelo menos para fins previdenciários, pode e deve ser equiparado a filho da pensionista, o que viabiliza a incidência da norma.

A Lei Complementar Estadual n.º 64/2002, que "institui o regime próprio de previdência e assistência social dos servidores públicos do Estado de Minas Gerais e dá outras providências", no art. 4º, § 3º, II, equipara a filho o menor sob tutela judicial, nos seguintes termos:

Art. 4º. São dependentes do segurado, para os fins desta lei:

I - o cônjuge ou companheiro e o filho não emancipado, menor de vinte e um anos ou inválido;

§ 3º. Equiparam-se aos filhos, nas condições do inciso I deste artigo, desde que comprovada a dependência econômica e a ausência de bens suficientes para o próprio sustento e educação:

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

II - o menor que esteja sob tutela judicial, mediante a apresentação do respectivo termo.

Igualmente, o art. 16 da Lei 8.213/91, que cuida do regime de custeio da Previdência Social, é expresso ao equiparar o menor tutelado a filho, mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

§ 2º. O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

Na espécie, é fato incontroverso que o impetrante teve sua tutela deferida à avó, que durante anos foi responsável por seu sustento material.

Os princípios da proteção integral do menor e da dignidade da pessoa humana impõem a observância da regra contemplada no art. 4º, § 3º, II, da Lei Complementar Estadual n.º 64/2002, devendo o impetrante ser equiparado a filho sem as limitações impostas pelo acórdão recorrido.

Nesse ponto, vale a pena transcrever o lúcido voto vencido do Desembargador Alberto Vilas Boas:

O impetrante tem dezoito anos de idade e é portador de encefalopatia crônica infantil - paralisia cerebral - derivada de parto prematuro, sendo certo que é incapaz de se conduzir, praticar atos da vida ordinária e necessita de cuidados especiais no que concerne à sua sobrevivência, segundo se observa dos documentos que instruem a inicial.

Ocorre que, no decorrer de 1997, foi colocado sob tutela da avó paterna Elza Serrano Ribeiro em processo judicial que tramitou perante a comarca de Pouso Alegre que, no âmbito da aludida causa, foi considerada idônea para dele cuidar conforme declarado na sentença de mérito.

Sendo assim, a tutora, então pensionista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, provia todas as necessidades essenciais do impetrante, conquanto não o tivesse inscrito como dependente seu junto ao citado órgão público.

Em razão do falecimento da tutora em 19 de abril de 2009, a autoridade coatora não deferiu a reversão da pensão por morte e este é o objeto da ação mandamental haja vista o nexo de dependência econômica então existente entre o autor e a falecida pensionista.

Enfatizo, inicialmente, que não cabe discutir as razões que propiciaram ao juízo da comarca de Pouso Alegre deferir a tutela à falecida pensionista, e, por conseguinte, é lícito admitir que a finalidade do pedido consistiu em dar proteção mais eficaz à pessoa do incapaz.

Neste particular, Rolf Madaleno esclarece que:

"O tutor exerce um munus público, delegado pelo Estado ao transferir a uma terceira pessoa o encargo de zelar pela criação, educação e pelos bens do menor posto sob tutela. A tutela substitui o poder familiar, e se trata de institutos de finalidades semelhantes, porque visam à preservação do patrimônio do menor tutelado, e têm em mira o atendimento dos integrais interesses do menor, para um crescimento sem percalços, com um sadio desenvolvimento físico e mental, de modo ao tutelado poder

construir sua vida, seu futuro e o futuro de sua geração." (Curso de Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.824).

Poder-se-ia objetar, então, que a Lei Complementar nº 34/94 - que organiza o Ministério Público do Estado de Minas Gerais - não autorizaria concluir pela reversão da pensão por morte ao tutelado em razão de ausência de previsão legal.

No entanto, este entendimento é de um rigor formal muito intenso em sede de instituto jurídico que deve merecer interpretação teleológica, em especial se observado o contexto fático-normativo da causa.

Sim, porque é inegável a condição de dependente do impetrante em face de sua falecida tutora, e, nada obsta que ostente esta condição aquele que se encontrava sob tutela, especialmente diante do disposto no art. 4º, § 3º da Lei Complementar Estadual nº 64/2002 aplicável a todos os servidores públicos estaduais.

Dentro desta perspectiva, se a lei previdenciária estadual atribui ao tutelado a condição de dependente, a circunstância de a lei orgânica ministerial nada dispor sobre o tema não inviabiliza o exercício do direito pretendido pelo impetrante. Não há preceito normativo que vede esta extensão e seria contraditório permitir tratamento diferenciado entre dependentes, especialmente quando se sabe que parte da pensão é paga com recursos do instituto previdenciário estadual.

Assim, **a condição do impetrante e a forma como foi cuidado pela falecida Elza Serrano, assimilou-se a de filho, e, como o art. 149, § 1º, da Lei Complementar Estadual nº 64/94 autoriza a reversão da pensão aos filhos, não seria válido dispensar tratamento distinto ao incapaz que acabou por representar esta condição.**

Logo, o raciocínio que estabeleço é no sentido de que, à luz do disposto no art. 227, CF, constituiria verdadeiro retrocesso suprimir do autor o direito de usufruir da pensão quando ostentou, verdadeiramente, a condição de dependente da falecida pensionista.

Fundado nestas razões e com a devida venia dos que têm entendimento em sentido oposto, concedo a segurança nos termos requeridos na inicial. (e-STJ fls. 365-367)

Por fim, a Lei 8.112/90, especificamente o art. 217, II, "b" e "d", determina que o menor sob guarda ou tutela e, também, o dependente econômico são beneficiários das pensões até que completem 21 anos ou enquanto perdurar a invalidez:

Art. 217. São beneficiários das pensões:

II - temporária:

b) o menor sob guarda ou tutela até 21 (vinte e um) anos de idade;

d) a pessoa designada que viva na dependência econômica do servidor, até 21 (vinte e um) anos, ou, se inválida, enquanto durar a invalidez.

Embora a referida lei restrinja seu alcance aos servidores públicos civis da União, o dispositivo citado guarda profunda semelhança com a regra contemplada no art. 4º da Lei Complementar Estadual n.º 64/2002, o que demonstra haver simetria entre os regimes previdenciários dos servidores federais e estaduais, ambos contemplando o direito dos menores tutelados ao benefício da pensão por morte.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Vale apenas lembrar a regra do art. 33, § 3º, da Lei 8.069/90, já citada, para a qual "a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários".

Nesses termos posta a controvérsia, não parece haver dúvida quanto à concessão da segurança, já que há regramento geral no Estatuto da Criança e do Adolescente, norma específica no Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado de Minas Gerais, além de regra simétrica aplicada aos servidores civis da União.

Havendo regra a tutelar o direito perseguido em juízo, não deve o julgador adotar exegese restritiva da norma, de modo a amesquinhar o postulado da dignidade da pessoa humana e inibir a plena eficácia do princípio da proteção integral do menor, sobretudo quando comprovada a sua invalidez permanente.

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso ordinário.**

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2011/0012823-2 **PROCESSO ELETRÔNICO RMS 33.620/MG**

PAUTA: 06/12/2011

JULGADO: 06/12/2011

Números Origem: 10000095036091 10000095036091000 10000095036091003

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DENISE VINCI TULIO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : D F R (MENOR)

REPR. POR : N I R E OUTRO

ADVOGADO : ANTÔNIO LOPES NETO

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ASSUNTO : DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE
DIREITO PÚBLICO - Servidor Público Civil - Pensão

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque e em bloco."

Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin (Presidente), Mauro Campbell Marques e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.



Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 800.578-MG*

RELATOR : MINISTRO CASTRO MEIRA
EMBARGANTE : CURTUME MODERNO S/A
ADVOGADOS : FRANCISCO ROBERTO SOUZA CALDERARO
DOMINGOS NOVELLI VAZ E OUTRO(S)
EMBARGADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CRÉDITO-PRÊMIO DE IPI. ALÍQUOTAS APLICÁVEIS NO CÁLCULO DO BENEFÍCIO. RESOLUÇÃO CIEX N.º 02/79. VALIDADE.

1. O dissídio jurisprudencial está devidamente caracterizado, dada a similitude fática dos casos confrontados e as conclusões jurídicas absolutamente contrapostas.

2. Enquanto o acórdão embargado concluiu que o crédito-prêmio de IPI não pode ser calculado pelas alíquotas da Resolução CIEX n.º 02/79, já que esse ato normativo foi editado com base em delegação de competência declarada inconstitucional pela Suprema Corte (Decretos-Leis 1.724/79 e 1.894/81), o aresto paradigma entendeu que nada há de ilegal ou inconstitucional com a Resolução CIEX n.º 02/79, cujas alíquotas devem ser utilizadas no cálculo do crédito-prêmio de IPI.

3. A tese adotada pelo aresto embargado – de que a Resolução CIEX n.º 02/79 não pode ser adotada para o cálculo do crédito-prêmio de IPI, já que originada de delegação de competência ao Ministro de Estado da Fazenda semelhante à que levou o Supremo a declarar a inconstitucionalidade parcial dos Decretos-Leis 1.724/79 e 1.894/81 – impressiona ao primeiro exame, mas não resiste a uma análise mais acurada sobre a origem dessa resolução, bem como dos precedentes do Supremo a respeito desses dois decretos-leis.

4. Deve prevalecer, portanto, a orientação firmada no paradigma por três razões assim resumidas:

4.1. Primeiramente, a Resolução CIEX n.º 02/79 não foi expedida com base na delegação de poderes conferida ao Ministro de Estado da Fazenda pelos Decretos-Leis 1.724/79 e 1.894/81, já que estes foram editados pelo Presidente da República em momento posterior, sendo logicamente inconcebível que um ato normativo secundário assente seu fundamento de validade em normas primárias que lhe sucedem.

4.2. Em segundo lugar, ainda que correta a tese fazendária – de que a Resolução CIEX n.º 02/79 tem por fundamento de validade os DLs 1.724/79 e

* *In* RSTJ, vol. 222, p. 94.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

1.89481 –, não se cogita da inconstitucionalidade da referida resolução, já que foi preservada, no julgamento do Supremo e na Resolução 71/05 do Senado Federal, a delegação de poderes ao Ministro da Fazenda para majorar o crédito-prêmio de IPI.

4.3. Por fim, examinando a cadeia "legislativa" que antecedeu a Resolução CIEX n.º 02/79, verifica-se que esse ato normativo **sequer majorou** o crédito-prêmio de IPI, mas apenas somou às alíquotas já previstas no Decreto-Lei 491/69 as alíquotas de incentivo à exportação análogo, concedido pelos Estados e intitulado crédito-prêmio de ICM, tudo com o beneplácito do Decreto-Lei 1.586/77 e do Convênio ICM n.º 01/79. Portanto, a unificação das alíquotas dos créditos-prêmios de IPI e de ICM tem origem na legislação primária federal, ou seja, decretos-leis do então Presidente da República e Convênios do extinto ICM firmados entre a União e os Estados na vigência da Constituição anterior, de modo que não há de se cogitar a inconstitucionalidade da Resolução CIEX pelo simples fato de terem sido declarados inconstitucionais os DLs 1.724/79 e 1.89481.

5. 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 prossequindo no julgamento, por unanimidade, conhecer dos embargos e lhes dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Cesar Asfor Rocha e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 14 de março de 2011 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator):

Cuida-se de embargos de divergência opostos contra acórdão da Primeira Turma exarado no julgamento do AgRg no AgRg no Recurso Especial 800.578/MG, Relator o Min. Luiz Fux, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PARCIAL PROVIMENTO. ERRO MATERIAL CONFIGURADO. CRÉDITO PRÊMIO DO IPI. PRESCRIÇÃO. EXTINÇÃO DO BENEFÍCIO. VIGÊNCIA DO ESTÍMULO FISCAL ATÉ 05 DE OUTUBRO DE 1990. ALÍQUOTAS APLICÁVEIS À REPETIÇÃO. RESOLUÇÃO CIEX N.º 02/79. ILEGALIDADE.

1. A Resolução CIEX 02/79 foi editada com base na Portaria 26/79, a qual baseou-se na delegação de competência ao Ministro da Fazenda, razão pela qual dessume-se a contaminação dessa norma pela já declarada inconstitucionalidade dos Decretos-Lei 1.724/79 e 1.89481, exatamente quanto à referida delegação, por ocasião do julgamento do RE 180828-4 pelo Pretório Excelso.

2. Nesse segmento, tendo restado assentado o entendimento da Primeira Seção desta Corte no sentido de que *"a declaração de inconstitucionalidade encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida pelo Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as consequências daí decorrentes, inclusive a restauração plena de eficácia das leis e normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional"*, conclui-se pela não aplicação da Resolução CIEX 02/79, devendo incidir, portanto, as normas insculpidas no Decreto-Lei 491/69 e alterações.

3. Eventual nulidade advinda do julgamento por decisão monocrática de questão que deveria ser submetida ao colegiado resta sanada se, posteriormente, há o manejo de agravo regimental que provoca o pronunciamento da Turma. (Precedentes: REsp 853.705/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 25/05/2007; REsp 791856/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2006, DJ 14/06/2006; REsp 797817/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/06/2006, DJ 30/06/2006)

4. *In casu*, a questão concernente à definição das alíquotas aplicáveis ao cálculo do crédito-prêmio do IPI para fins de repetição de diferenças indevidas não se encontra albergada na norma insculpida no art. 557, § 1º-A, do CPC, por isso que deveria ter sido objeto de apreciação pelo colegiado. Entrementes, o presente agravo regimental tem o condão de provocar o pronunciamento desta Turma de Direito Público acerca da matéria, sanando a referida nulidade.

5. Deveras, verifica-se erro material no tocante à data final de vigência do crédito-prêmio do IPI, que, consoante assentado na Primeira Seção, foi extinto em 5 de outubro de 1990. (Precedentes: EREsp 691.614/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/05/2008, DJe 26/05/2008; EREsp 396.836/RS (Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Rel. p'acórdão Min. Castro Meira, DJ de 8.3.2006)

6. Agravo regimental parcialmente provido, para sanar o erro material, fazendo constar, como marco da extinção do benefício do crédito-prêmio do IPI, a data de 05/10/1990, mantendo-se, no mais, a decisão de fls. 664/686. (fls. 834-835)

O embargante aponta dissenso com o aresto da Segunda Turma da lavra da Min. Eliana Calmon proferido no julgamento dos EDcl no REsp 859.977/DF, cuja ementa é a seguinte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – CRÉDITO-PRÊMIO IPI - OMISSÃO QUANTO A ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO CIEX Nº 02/79 - OCORRÊNCIA.

1. A Fazenda Nacional vem prequestionando a tese da ilegalidade ou inconstitucionalidade da Resolução CIEX nº 02/79 desde a apelação, insistindo quando interpôs recurso especial, sendo omisso o julgado.

2. Correção da omissão para esclarecer que a mencionada resolução nada tem de inconstitucional ou ilegal, a partir do entendimento de que os Decretos-leis 1.658/79 e 1.723/79, dos quais derivou, foram considerados inconstitucionais pelo STF apenas parcialmente, quanto aos artigos 1º e 3º, apenas.

3. Embargos de declaração acolhidos para explicitações. (EDcl no REsp 859.977/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 25.06.09).

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Defende estar configurada a divergência, já que o decisório embargado reconheceu a inconstitucionalidade da Resolução CIEX n.º 02/79, enquanto o paradigma declarou a sua validade para a determinação das alíquotas aplicáveis na restituição do crédito-prêmio de IPI até sua extinção no ano de 1990.

Demonstrado, em princípio, o dissídio, admiti o processamento dos embargos de divergência.

A Fazenda Nacional ofertou impugnação, alegando que o cálculo do crédito-prêmio de IPI não deve tomar por base as alíquotas da Resolução CIEX n.º 02/79, porque:

(a) carece de fundamento de validade, pois declarada inconstitucional a norma que lhe dava sustentação; e

(b) este ato normativo foi posteriormente revogado com a aprovação do Regulamento do IPI de 1983;

Em argumentação subsidiária, a embargada sustenta:

(a) a necessidade de limitação ao percentual de 15%, tal como previsto no § 2º, do art. 2º, do Decreto-Lei n.º 491/69, afastando-se as alíquotas superiores previstas na Resolução CIEX n.º 02/79; e

(b) a aplicação dos redutores de alíquota previstos no art. 1º do Decreto-Lei n.º 1.658/79 e no Decreto-Lei 1.722/79.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator):

O dissídio jurisprudencial está devidamente caracterizado, dada a similitude fática dos casos confrontados e as conclusões jurídicas absolutamente contrapostas.

Com efeito, enquanto o acórdão embargado concluiu que o crédito-prêmio de IPI não pode ser calculado pelas alíquotas da Resolução CIEX n.º 02/79, já que esse ato normativo foi editado com base em delegação de competência declarada inconstitucional pela Suprema Corte, o aresto paradigma entendeu que nada há de ilegal ou inconstitucional com a Resolução CIEX n.º 02/79, cujas alíquotas devem ser utilizadas no cálculo do crédito-prêmio de IPI.

Para melhor caracterização da divergência, confirmam-se os seguintes fragmentos dos votos condutores dos arestos embargado e paradigma:

Acórdão embargado:

Destarte, considerando que a Resolução CIEX 02/79 foi editada com base na Portaria 26/79, a qual baseou-se na delegação de competência ao Ministro da Fazenda, deduz-se a contaminação dessa norma pela já declarada inconstitucionalidade dos Decretos-Lei 1.724/79 e 1.894/81, exatamente quanto à referida delegação, por ocasião do julgamento do RE 180828-4.

Nesse segmento, tendo restado assentado o entendimento da Primeira Seção desta Corte no sentido de que "a declaração de inconstitucionalidade encerra

um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida pelo Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as consequências daí decorrentes, inclusive a restauração plena de eficácia das leis e normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional", conclui-se pela não aplicação da Resolução CIEX 02/79, devendo incidir, portanto, as normas insculpidas no Decreto -Lei 491/69 e alterações. (fl. 940)

Acórdão paradigma:

Ao longo de pelo menos vinte anos tenho examinado e decidido sobre o benefício que vem ocupando o Judiciário com centenas, senão milhares de demandas, pretendendo a Fazenda derrubar o benefício e ao menos os fatos de correção do incentivo que, segundo o STJ sobreviveu até 1990. Para a embargante a Resolução CIEX nº 02/79 ora é inconstitucional, ora é ilegal, derramando-se em fundamentos e mais fundamentos na tentativa de obter pronunciamento que afaste a incidência da referida norma.

A questão não é tão intrincada quanto faz parecer a União Federal. Não há que se falar em ilegalidade da resolução CIEX 02/79, posto que prevê as mesmas alíquotas referidas pelo Dec.-Lei 461/69, quando este manda aplicar a tabela do IPI, constante da Lei 4.502/64 (Dec.-Lei 461/69, art. 2º).

Ocorre, que por força do convênio, efetivado entre a União e Estados, de legitimidade inquestionada, restou acordado que a alíquota do IPI seria somada a do ICM, na tentativa de estimular as exportações, em decorrência da política adotada à época, arcando a União Federal com o ônus decorrente.

Destarte, a resolução CIEX 2/79 não contrariou a alíquota máxima prevista no § 2º, do art. 2º, do Dec.-Lei 491/69. Tão somente, com embasamento neste e na legislação inerente ao ICM e, ainda, no convênio ICM 01/79, somou as alíquotas, pautando-se pela mais absoluta legalidade.

Repita-se, a resolução CIEX 2/79 apenas agregou alíquotas previstas em Lei. Nada criou ou inovou. Deu corpo ao convênio ICM 1/79, voluntária e conscientemente entabulado.

De referência à alegada inconstitucionalidade da resolução porque derivada de comandos normativos considerados inconstitucionais, os Decretos Leis 1.724/79 e 1.894/81, tenha-se presente que a inconstitucionalidade questionada não foi por inteiro dos referidos decretos-leis e sim do artigo 1º, pelo qual ficou autorizado o Ministro da Fazenda a aumentar ou reduzir, temporária ou definitivamente, ou restringir os incentivos fiscais previstos no Decreto-lei 491/69.

Com efeito, o STF declarou a inconstitucionalidade parcial dos artigos 1º e 3º dos diplomas legais acima mencionados, mantendo-os na parte em que era permitida a delegação. Consequentemente a Resolução CIEX nº 2/79, derivada das Portarias 26/79 e 78/81 nada tem a ver com a inconstitucionalidade parcial declarada pelo STF e que vem sendo aplicada ao longo dos anos pelas instâncias ordinárias e pelo STJ, como na hipótese dos autos.

Devidamente comprovada a divergência, passo a examinar o mérito da controvérsia.

A tese fazendária – de que a Resolução CIEX nº 02/79 não pode ser adotada para o cálculo do crédito-prêmio de IPI, já que originada de delegação de

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

competência ao Ministro de Estado da Fazenda semelhante à que levou o Supremo a declarar a inconstitucionalidade parcial dos Decretos-Leis 1.724/79 e 1.894/81 – impressiona ao primeiro exame, mas não resiste a uma análise mais acurada sobre a origem da referida resolução bem como dos precedentes do Supremo a respeito desses dois decretos-leis.

Deve prevalecer, portanto, a orientação firmada no paradigma por três razões assim resumidas:

(a) a Resolução CIEX n.º 02/79 não decorre, sequer implicitamente, dos Decretos-leis 1.724/79 e 1.894/81;

(b) o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucionais os Decretos-leis 1.724/79 e 1.894/81 apenas em parte, tornando sem efeito as expressões constantes do texto relacionadas à redução, temporária ou definitiva, à suspensão ou à extinção do crédito-prêmio de IPI, sem abarcar a majoração do referido benefício fiscal; e

(c) a resolução em pauta não excedeu à alíquota máxima prevista no § 2º do art. 2º do DL 491/69, mas apenas somou ao crédito-prêmio de IPI a alíquota de idêntico incentivo fiscal concedido no âmbito do antigo ICM, com embasamento em diversos decretos-leis editados pela Presidência da República e, ainda, no Convênio ICM 01/79.

Passo a analisar cada um desses fundamentos.

(A) A Resolução CIEX n.º 02/79 não decorreu, sequer implicitamente, dos Decretos-leis 1.724/79 e 1.894/81.

A Fazenda Nacional defende que a Resolução CIEX n.º 02/79 não pode ser adotada para o cálculo do crédito-prêmio de IPI, já que originada de delegação de competência ao Ministro de Estado da Fazenda, prevista nos Decretos-Leis 1.724/79 e 1.894/81, declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

A tese não pode ser acolhida por duas razões: uma de ordem temporal e outra de ordem material.

Primeiramente, a Resolução CIEX n.º 02/79 não foi expedida com base na delegação de poderes conferida ao Ministro de Estado da Fazenda pelos Decretos-Leis 1.724/79 e 1.894/81, já que estes foram editados pelo Presidente da República em momento posterior, sendo logicamente inconcebível que um ato normativo secundário assente seu fundamento de validade em normas primárias que lhe sucedem.

Com efeito, a Resolução CIEX n.º 02 foi expedida em 17.01.79 (DOU de 22.01.79), enquanto os Decretos-Leis 1.724/79 e 1.894/81, que teoricamente dariam fundamento de validade à resolução, datam de 07.12.79 e 16.12.81, respectivamente. Portanto, com base em critério puramente temporal, é possível concluir que a Resolução CIEX n.º 02/79 não decorre, sequer implicitamente, dos Decretos-Leis 1.724/79 e 1.894/81, declarados inconstitucionais em parte pela Suprema Corte.

(B) A declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis 1.724/79 e 1.894/81 foi apenas parcial, não atingindo a delegação conferida ao Ministro da Fazenda para majorar o crédito-prêmio de IPI:

Ministro José de Castro Meira

Não bastasse o elemento temporal a afastar a tese fazendária, ainda mais contundente é o argumento de ordem material, já que os DLs 1.724/79 e 1.894/81 foram declarados inconstitucionais apenas em parte, não atingindo a disposição normativa que autorizava o Ministro de Estado da Fazenda a majorar o crédito-prêmio de IPI.

O art. 1º do Decreto-Lei 1.724/79 dispunha o seguinte:

Art. 1º O Ministro de Estado da Fazenda fica autorizado a **aumentar** ou **reduzir, temporária ou definitivamente**, ou **extinguir** os estímulos fiscais de que tratam os artigos 1º e 5º do Decreto-lei nº 491, de 5 de março de 1969.

Como se observa, o dispositivo autorizava o Ministro de Estado da Fazenda a aumentar, reduzir ou extinguir o crédito-prêmio de IPI.

O art. 3º, inciso I, do Decreto-Lei 1.894/81 trouxe preceito semelhante, delegando ao Ministro da Fazenda poderes para majorar, reduzir, suspender ou extinguir o incentivo fiscal, *verbis*:

Art. 3º. O Ministro da Fazenda fica autorizado, com referência aos incentivos fiscais à exportação, a:

I - estabelecer prazo, forma e condições, para sua fruição, bem como **reduzi-los, majorá-los, suspendê-los** ou **extingui-los**, em caráter geral ou setorial;

O Supremo Tribunal Federal, por meio de controle difuso realizado no julgamento dos Recursos Extraordinários 180.828/RS, 186.359/RS, 186.623/RS e 250.288/RS, declarou a inconstitucionalidade dos vocábulos "reduzir, temporária ou definitivamente" e "extinguir" constantes do art. 1º do DL 1.724/79, bem como das expressões "reduzi-los", "suspendê-los" e "extingui-los", previstas no art. 3º, I, do DL 1.894/81.

Após os julgamentos citados, o Senado Federal, com base no art. 52, X, da Constituição Federal, editou a Resolução 71/05, suspendendo as expressões acima indicadas, sem qualquer menção à possibilidade de o Ministro da Fazenda majorar o incentivo à exportação.

É o que se observa do próprio texto da Resolução n.º 71/05, *verbis*:

O Senado Federal, no uso de suas atribuições que lhe são conferidas pelo inciso X do art. 52 da Constituição Federal e tendo em vista o disposto em seu Regimento Interno, e nos estritos termos das decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal,

Considerando a declaração de inconstitucionalidade de textos de diplomas legais, conforme decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos autos dos Recursos Extraordinários n.ºs 180.828, 186.623, 250.288 e 186.359,

Considerando as disposições expressas que conferem vigência ao estímulo fiscal conhecido como "crédito-prêmio de IPI", instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 491, de 5 de março de 1969, em face dos arts. 1º e 3º do Decreto-Lei nº 1.248, de 29 de novembro de 1972; dos arts. 1º e 2º do Decreto-Lei nº 1.894, de 16 de dezembro de 1981, assim como do art. 18 da Lei nº 7.739, de 16 de março de 1989; do § 1º e incisos II e III do art. 1º da Lei nº 8.402, de 8 de janeiro de

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

1992, e, ainda, dos arts. 176 e 177 do Decreto nº 4.544, de 26 de dezembro de 2002; e do art. 4º da Lei nº 11.051, de 29 de dezembro de 2004,

Considerando que o Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, declarou a inconstitucionalidade de termos legais com a ressalva final dos dispositivos legais em vigor,

RESOLVE:

Art. 1º **É suspensa a execução**, no art. 1º do Decreto-Lei nº 1.724, de 7 de dezembro de 1979, da expressão "ou reduzir, temporária ou definitivamente, ou extinguir", e, no inciso I do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.894, de 16 de dezembro de 1981, das expressões "reduzi-los" e "suspendê-los ou extingui-los", preservada a vigência do que remanesce do art. 1º do Decreto-Lei nº 491, de 5 de março de 1969.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

No julgamento do Recurso Extraordinário 577.348/RS, submetido à sistemática da repercussão geral, o eminente Ministro Ricardo Lewandowski destacou que a declaração de inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo não atingira a parcela das normas que autorizavam o Ministro de Estado da Fazenda a majorar o incentivo fiscal, *in verbis*:

VI. Dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade

Para a correta compreensão da matéria sob exame, cumpre, antes de tudo, aquilatar a exata abrangência da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 1º do Decreto-lei 1.724/1979 e do inc. I do art. 3º do Decreto-lei 1.894/1981, prolatada pelo STF, a qual encontrou exata correspondência na Resolução 71/2005 do Senado Federal.

Com efeito, esta Corte ainda não se manifestou, em definitivo, sobre a constitucionalidade do crédito-prêmio do IPI, nem sobre a sua vigência no tempo, **limitando-se a inquirir a inconstitucional a delegação de atribuições ao Ministro da Fazenda para promover a sua redução, suspensão ou extinção.**

Não há que se cogitar, portanto, a partir dessas decisões do Supremo, de qualquer inconstitucionalidade quanto aos demais dispositivos normativos atinentes ao incentivo fiscal sob exame.

Como corretamente constou da Resolução 71/2005 da Câmara Alta, restou suspensa apenas a execução da expressão "ou reduzir temporária ou definitivamente, ou extinguir", constante do art. 1º do Decreto-lei 1.724/1979, e da locuções "reduzi-los" e "suspendê-los ou extingui-los", abrangidas no inc. I do art. 3º do Decreto-lei 1.894/1981, ficando preservada, por conseguinte, a vigência do que remanesce desses diplomas normativos, bem assim do Decreto-lei 491/1969.

Em outras palavras, **ao declarar inconstitucionais tais locuções, as decisões do Supremo Tribunal Federal preservaram (i) a competência do Ministro da Fazenda para aumentar o incentivo e (ii) a norma que instituiu o crédito-prêmio sem prazo definido de vigência.**

Esse é o entendimento de José Souto Maior Borges, segundo o qual

"a decisão do STF não abrange o DL 1.724/79 todo, como geralmente se pretende em equívoco, mas apenas, no art. 1º, a expressão 'ou reduzir temporária ou definitivamente, ou extinguir' – e só essa expressão. É o argumento correto da Fazenda Nacional.

Restam incólumes, inobstante o decisório da Corte Excelsa:

a) a competência do Ministro da Fazenda para aumentar o incentivo (art. 1º *ab initio*);

b) a norma revogatória, pois autônoma, desse mesmo ato normativo.

(...)

Dado que **a decisão do STF no RE 180.828-4 preservou, no DL 1.724/79, não só a competência ministerial para ampliar o incentivo fiscal**, mas também a cláusula revogatória e considerando que o DL 491/69 não fora expressa ou implicitamente revogado, disposição em contrário ao DL é o art. 1º, § 2º, do DL 1.658/79, que estipula o prazo extintivo de 30 de junho de 1983.

(...)

Compatível com o DL 1.724/79 é porém a consideração de que a vigência indeterminada do DL 491/69 fora preservada. Daí sua incolumidade à cláusula revogatória em análise. Persistiu assim em vigência o crédito-prêmio ao longo do tempo". (original sem grifos)

Por conseguinte, a declaração de inconstitucionalidade parcial dos DLs 1.724/79 e 1.894/81 não tornou sem efeito a delegação ao Ministro de Estado da Fazenda de poderes para **majorar** o incentivo fiscal.

Assim, ainda que fosse correta a tese fazendária – de que a Resolução CIEX n.º 02/79 tem por fundamento de validade os DLs 1.724/79 e 1.894/81 –, não se cogitaria da inconstitucionalidade da referida resolução, já que foi preservada, no julgamento do Supremo e na Resolução 71/05 do Senado Federal, a delegação de poderes ao Ministro da Fazenda para majorar o crédito-prêmio de IPI.

Mas não é só. Examinando a cadeia "legislativa" que antecedeu a Resolução CIEX n.º 02/79, verifica-se que esse ato normativo **sequeu majorou** o crédito-prêmio de IPI, mas apenas somou às alíquotas já previstas no Decreto-Lei 491/69 as alíquotas de incentivo à exportação análogo, concedido pelos Estados e intitulado crédito-prêmio de ICM, como passo a demonstrar.

(C) A incorporação do crédito-prêmio de ICM ao crédito-prêmio de IPI:

O crédito-prêmio de IPI foi criado pelo art. 1º do Decreto-Lei 491, de 05.03.69, tendo sido estipulada a alíquota máxima de 15% para o benefício, *verbis*:

Art. 1º. As empresas fabricantes e exportadoras de produtos manufaturados gozarão, a título de estímulo fiscal, créditos tributários sobre suas vendas para o exterior, como ressarcimento de tributos pagos internamente.

Art. 2º. O crédito tributário a que se refere o artigo anterior será calculado sobre o valor FOB, em moeda nacional, das vendas para o exterior, mediante a aplicação das alíquotas especificadas na Tabela anexa à Lei n.º 4502, de 30.11.1964, ressalvado o disposto no § 1º deste artigo.

§ 1º O cálculo previsto neste artigo poderá também ser efetuado sobre o valor CIF, C&F e C&I das vendas para o exterior, conforme definido em regulamento.

§ 2º **Para os produtos manufaturados cujo imposto tenha alíquota superior a 15% (quinze por cento), será este o nível máximo sobre o qual recairá o cálculo do estímulo fiscal de que trata este artigo.**

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Art. 3º. Fica o Poder Executivo autorizado a:

I - fixar alíquota, para efeito de crédito a que se refere o artigo anterior, para os produtos manufaturados que, no mercado interno, sejam não tributados ou isentos do imposto sobre produtos industrializados por qualificação de essencialidade;

II - elevar ou reduzir, genericamente ou para determinados produtos, o nível máximo a que se refere o parágrafo 2º do artigo 2º;

III - fixar, em caráter excepcional, alíquotas, exclusivamente para efeito de estímulo fiscal à exportação, superiores ou inferiores às indicadas na tabela anexa ao Regulamento aprovado pelo Decreto nº 61.514, de 12 de outubro de 1967;

IV - alterar as bases de cálculo indicadas no artigo 2º e seu parágrafo 1º. (original sem grifos)

Na primeira quinzena de janeiro de 1970, o Ministro da Fazenda reuniu-se com os Secretários Estaduais para celebrar o Convênio nº AE 1/70, que instituiu um incentivo à exportação intitulado crédito-prêmio de ICM, análogo ao que havia sido criado, há pouco, no âmbito federal.

O crédito-prêmio de ICM era aplicável aos mesmos produtos beneficiados com o incentivo federal (cláusula III), incidindo a mesma alíquota, sujeita também ao limite máximo de 15% (cláusula II):

Cláusula I. Nas exportações, para o exterior, de produtos industrializados, os signatários poderão conceder aos respectivos estabelecimentos fabricantes-exportadores direito a crédito do imposto de circulação de mercadorias, na forma prevista nas cláusulas seguintes.

Cláusula II. **O crédito a que se refere a cláusula anterior será de valor equivalente ao da aplicação da alíquota do imposto sobre produtos industrializados (IPI), até o limite máximo de 15% (quinze por cento)**, sobre o valor FOB, em moeda nacional, das exportações para o exterior.

Parágrafo único. Nas exportações decorrentes da utilização do regime de "drawback", deduzir-se-á do valor previsto nesta cláusula o que corresponder ao valor dos componentes importados.

Cláusula III. O crédito somente será concedido em relação aos produtos industrializados, cuja exportação para o exterior goze do incentivo do IPI previsto no Decreto Federal nº 64.833, de 17.07.69.

.....
Cláusula XIV. Este Convênio entrará em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União, aplicando-se seus efeitos quanto aos estímulos previstos na cláusula I, às operações autorizadas pelo Governo Federal a partir de 15 de janeiro de 1970.

Faço um breve parêntese: até o ano de 1975, quando foi criado o Conselho Nacional de Política Fazendária-CONFAZ, todos os convênios interestaduais recebiam a sigla AE, que significa "Acordo entre Estados", o que explica a nomenclatura do convênio ora examinado.

Em continuação, o crédito-prêmio de ICM, neste primeiro momento, era em tudo semelhante ao incentivo federal criado no ano anterior. Incidia sobre os



mesmos produtos e estava sujeito à mesma alíquota e ao mesmo limite. A diferença residia no fato de ser custeado pelos Estados.

Algum tempo depois, o limite máximo da alíquota aplicada ao incentivo estadual foi reduzido para 13% (treze por cento).

Com o aumento gradativo das exportações, os Estados passaram a ter dificuldade para honrar o compromisso assumido com os exportadores. Os créditos do ICM começaram a acumular na escrita fiscal, sem possibilidade financeira de compensação ou ressarcimento.

Foi nesse momento que o Presidente Ernesto Geisel expediu o **Decreto-Lei n.º 1.426**, de 02.12.75, assumindo **integralmente** o encargo do crédito-prêmio de ICM **que não pudesse ser satisfeito pelos Estados** e permitindo que os créditos acumulados fossem utilizados para abatimento do valor do IPI devido pelo fabricante nas operações realizadas no mercado interno, ou mediante compensação ou ressarcimento, como se observa adiante:.

O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o artigo 55, item II, da Constituição, decreta:

Art. 1º. **Fica assegurado o aproveitamento dos créditos acumulados do Imposto sobre Circulação de Mercadorias, decorrentes da saída de produtos industrializados destinados ao exterior**, ou relativos às mercadorias recebidas para emprego na sua fabricação e embalagem, **que não possam ser recuperados pelo estabelecimento fabricante mediante qualquer forma de utilização, compensação ou ressarcimento admitida pela legislação estadual.**

§ 1º Os créditos a que se refere este artigo poderão ser deduzidos do valor do Imposto sobre Produtos Industrializados devido pelo estabelecimento fabricante, em suas operações no mercado interno.

§ 2º Quando não for possível a utilização para dedução do Imposto sobre Produtos Industrializados, poderá o Ministro da Fazenda indicar outras modalidades de aproveitamento dos créditos referidos neste artigo, inclusive por via de compensação ou ressarcimento.

§ 3º **A aplicação do disposto neste artigo dependerá de protocolo, a ser celebrado entre o Ministério da Fazenda e a Secretária de Fazenda ou Finanças da Unidade Federativa em que estiver situado o estabelecimento fabricante**, no qual serão definidos, a nível de produto, os termos, limites e condições de aproveitamento dos créditos acumulados do Imposto sobre Circulação de Mercadorias de que trata este Decreto-Lei.

Art. 2º. O Ministro da Fazenda poderá estabelecer outras modalidades de aproveitamento, inclusive através de compensação ou ressarcimento, dos créditos do Imposto sobre Produtos Industrializados assegurados aos estabelecimentos industriais, quando for impossível sua recuperação normal pela sistemática de dedução do valor do imposto devido nas operações internas.

Art. 3º. Este Decreto-Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário. (grifos nossos)

Todavia, o mecanismo adotado por esse decreto-lei mostrou-se, na prática, de difícil execução, já que dependia de protocolo firmado por cada Estado com o Ministério da Fazenda, por meio do qual seriam definidos "por tipo de produto" os termos, limites e condições de aproveitamento dos créditos.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Na sequência, foi editado o **Decreto-Lei nº 1.492**, de 06.12.76. Muito semelhante ao seu antecessor, objetivou apenas desburocratizar o procedimento adotado no Decreto-Lei 1.426/75 e reduzir a responsabilidade da União ao limite máximo de 50% do valor do crédito estadual.

Assim, pelo novo regramento, os créditos-prêmios de ICM gerados a partir de 01.01.77 poderiam ser parcialmente utilizados, até o limite de 50%, para dedução do IPI devido nas operações internas, inclusive por via de compensação ou restituição em espécie, encargo que seria suportado pela União "desde que a situação financeira da unidade federativa em que estiver localizado o estabelecimento fabricante-exportador não permitisse, a sua pronta utilização, compensação ou ressarcimento", consoante posto na regra normativa em destaque:

Art. 1º Os créditos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias concedidos a título de estímulo fiscal às exportações de manufaturados, gerados a partir de 1º de janeiro de 1977, poderão ser parcialmente utilizados, até o limite de 50 % (cinquenta por cento) do respectivo valor, para dedução no Imposto sobre Produtos Industrializados devido nas operações internas, ou em outras modalidades de aproveitamento indicadas pelo Ministro da Fazenda, inclusive por via de compensação ou restituição em espécie, desde que a situação financeira da unidade federativa em que estiver localizado o estabelecimento fabricante-exportador não permita a sua pronta utilização, compensação ou ressarcimento.

Parágrafo único. Fica o Ministro da Fazenda autorizado a celebrar convênios com os Secretários de Fazenda ou Finanças dos Estados e do Distrito Federal para fins de aplicação do disposto neste artigo, podendo estabelecer os termos e as condições em que será admitido o aproveitamento dos créditos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias de que trata este Decreto-lei.

Art. 2º Este Decreto-lei entrará em vigor na data de sua publicação, ficando revogados o artigo 1º Decreto-lei nº 1.426, de 2 de dezembro de 1975, e demais disposições em contrário.

Um dia após a edição do Decreto-Lei 1.492/76, foi firmado o **Convênio ICM n.º 45**, de 07.12.76, por meio do qual 50% do crédito-prêmio de ICM seria transformado em crédito de IPI, mediante escrituração nos livros fiscais do beneficiário exportador, devendo os outros 50% serem assumidos e suportados pelos Estrados.

Cláusula primeira. **O estímulo previsto na cláusula primeira do Convênio AE-1/70**, de 15 de janeiro de 1970, com a inclusão do parágrafo único pelo Convênio AE-2/70, de 31 de março de 1970, com a redação dada pelo Convênio AE-6/74, de 31 de outubro de 1974, na cláusula primeira do Convênio AE-5/73, de 26 de novembro de 1973, na cláusula segunda do Convênio ICM 09/75, de 15 de abril de 1975, na cláusula primeira do Convênio ICM 12/75, de 15 de julho de 1975, no Convênio ICM 23/75, de 5 de novembro de 1975 e calculado pela forma prevista no Convênio ICM 12/76, de 27 de abril de 1976, **será registrado pelo estabelecimento fabricante - exportador no "Registro de Apuração do ICM" ou equivalente, sob a rubrica "Outros Créditos" ou equivalente, com base nos dados contidos no "Demonstrativo do Crédito de Exportação"**.

Cláusula segunda. Uma vez lançado no "Registro de Apuração do ICM" ou equivalente, **o crédito decorrente do estímulo fiscal a que se refere a cláusula anterior será escriturado, pela metade do seu valor, no "Registro de Apuração do IPI", sob a rubrica "007 - Outros Créditos", estornando-se de imediato essa parcela no primeiro livro fiscal ou equivalente, sob a rubrica "Outros Débitos", de modo a que o Estado assuma a responsabilidade apenas por 50% (cinquenta por cento) do incentivo concedido.**

Cláusula terceira. **Os créditos de ICM transformados em créditos de IPI na forma prevista na cláusula precedente poderão ser utilizados nas modalidades de aproveitamento estabelecidas no Decreto-lei nº 491, de 5 de março de 1969.**

Cláusula quarta. A Secretaria da Receita Federal e as Secretarias de Fazenda ou Finanças dos Estados e do Distrito Federal tomarão as providências necessárias para a implementação deste Convênio.

Cláusula quinta. Este Convênio entrará em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 1977. (grifamos)

Posteriormente, ainda no Governo Ernesto Geisel, foi expedido o **Decreto-Lei n.º 1.586**, de 06.12.77, que autorizou o Ministro da Fazenda a permitir a conversão de até 100% (cem por cento) do valor do crédito-prêmio do ICM em crédito federal, a ser utilizado mediante dedução do valor do IPI devido pelo exportador nas operações internas, bem como compensação no pagamento de outros tributos federais.

Art. 1º. Fica o Ministro da Fazenda autorizado a permitir a utilização de até 100% (cem por cento) do valor dos créditos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias, concedidos a título de estímulo fiscal às exportações de produtos industrializados, gerados a partir de 1º de janeiro de 1978, para dedução do montante do Imposto sobre Produtos Industrializados devido nas operações internas, ou aproveitamento nas modalidades que vier a indicar, inclusive compensação no pagamento de tributos federais.

§ 1º. O disposto neste artigo aplica-se, também, aos créditos acumulados do Imposto sobre Circulação de Mercadorias, gerados no ano de 1976, decorrentes da saída de produtos industrializados destinados ao exterior, ou referentes às mercadorias empregadas na sua fabricação e embalagem, insuscetíveis de recuperação pelo estabelecimento fabricante através de qualquer forma de utilização, compensação ou ressarcimento admitida pela legislação estadual.

§ 2º. Para a implementação do disposto neste artigo, poderá o Ministro da Fazenda celebrar convênios ou protocolos com Secretários de Fazenda ou Finanças dos Estados e do Distrito Federal, bem como estabelecer os termos, limites e condições em que será admitida a utilização, pelas formas previstas no 'caput', dos créditos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias de que cuida este Decreto-lei.

Art. 2º. A fruição dos estímulos fiscais à exportação, inclusive isenção, relativos ao Imposto sobre Produtos Industrializados e a utilização dos créditos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias, referidos no artigo 1º deste Decreto-lei, poderão ficar condicionadas à comprovação do efetivo recebimento do valor das mercadorias exportadas, na forma, termos e condições estabelecidos pelo Ministro da Fazenda.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Art. 3º. Este Decreto-lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as demais disposições em contrário. (sem grifos no original)

Na esteira do DL 1.586/77, foi firmado o **Convênio ICM nº 40/77**, por meio do qual o crédito-prêmio de ICM foi integralmente convertido em crédito federal, a ser utilizado como os demais provenientes do crédito-prêmio de IPI.

Cláusula primeira. **O estímulo fiscal previsto na cláusula primeira do Convênio AE-1/70**, de 15 de janeiro de 1970, com a inclusão do parágrafo único pelo Convênio AE-2/70, de 31 de março de 1970, com a redação dada pelo Convênio AE-6/74, de 31 de outubro de 1974, na cláusula primeira do Convênio AE-5/73, de 26 de novembro de 1973, na cláusula segunda do Convênio ICM 09/75, de 15 de abril de 1975, alterado pelo Convênio ICM 23/75, de 5 de novembro de 1975, na cláusula primeira do Convênio ICM 12/75, de 15 de julho de 1975, no Convênio ICM 05/77, de 30 de março de 1977, e calculado pela forma prevista no Convênio ICM 12/76, de 27 de abril de 1976, será registrado pelo estabelecimento fabricante-exportador no "Registro de Apuração do ICM" ou equivalente, sob a rubrica "Outros Créditos" ou equivalente, com base nos dados contidos no "Demonstrativo do Crédito de Exportação" ou equivalente.

Parágrafo único. O disposto nesta cláusula aplica-se também aos créditos de que trata o § 4º do artigo 1º do Decreto Federal nº 60.883, de 21 de junho de 1967.

Cláusula segunda. Uma vez lançados no "Registro de Apuração do ICM" ou equivalente, **os créditos decorrentes dos estímulos fiscais a que se refere a cláusula anterior serão escriturados integralmente, no "Registro de Apuração do IPI" ou equivalente**, sob a rubrica "007 - Outros Créditos", estornando-se de imediato o seu montante no primeiro livro fiscal ou equivalente, sob a rubrica "Outros Débitos".

Cláusula terceira. **Os créditos de ICM transformados em créditos de IPI na forma prevista na cláusula precedente poderão ser utilizados nas modalidades de aproveitamento estabelecidas pelo Ministro da Fazenda.**

Cláusula quarta. A Secretaria da Receita Federal e as Secretarias de Fazenda ou Finanças dos Estados e do Distrito Federal tomarão as providências necessárias para a implementação deste Convênio.

Cláusula quinta. Este Convênio entrará em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 1978, revogado o Convênio ICM 45/76, de 7 de dezembro de 1976. (original sem grifos)

A junção das alíquotas do crédito-prêmio do ICM com as do crédito-prêmio do IPI, corporificada em instrumento jurídico apto para os fins proclamados (Decreto-Lei n.º 1.586/77), foi fruto de decisão política da União, que resolveu assumir gradativamente o encargo do incentivo estadual para reforçar o estímulo à indústria de exportação, como se observa da Exposição de Motivos do DL 1.586/77, *verbis*:

2. Representa tal medida a natural evolução da política do Governo Federal no setor, de sorte a, gradativamente, como ocorreu através dos Decretos-Leis ns. 1.426, de 2 de dezembro de 1975, e 1.492, de 6 de dezembro de 1976, ir a União assumindo o ônus do sistema de incentivos à exportação no âmbito do Imposto sobre Circulação de Mercadorias.

.....

3. Dentro dessa linha propõe-se que, a partir do ano vindouro, os créditos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias sejam absorvidos pela União, através da sistemática do Imposto sobre Produtos Industrializados, até o limite de 100% (cem por cento) do seu valor, representando tal providência poderoso alívio financeiro aos Estados exportadores, na medida em que a transferência dos mencionados créditos para a área federal está atualmente limitada ao nível de 50% (cinquenta por cento) do respectivo valor, por força do disposto no Decreto-lei n.º 1.492/76.

6. Dessa forma, busca o presente projeto, de um lado, aliviar os encargos financeiros dos Estados exportadores de manufaturados e, de outro, possibilitar a fruição plena, pelos exportadores, dos créditos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias previstos na legislação específica, garantindo-lhes, portanto, a necessária competitividade no comércio internacional.

Por fim, foi assinado o Convênio ICM n.º 01/79, por meio do qual o crédito-prêmio de ICM foi integralmente incorporado ao crédito-prêmio de IPI, extinguindo-se o primeiro.

O Ministro da Fazenda e os Secretários de Fazenda ou Finanças dos Estados e do Distrito Federal, na 5ª Reunião Extraordinária do CONSELHO DE POLÍTICA FAZENDÁRIA, realizada em Brasília, DF, no dia 12 de janeiro de 1979, tendo em vista o disposto na Lei Complementar n.º 24, de 7 de janeiro de 1975 e, considerando que o montante do estímulo fiscal relativo ao ICM de que trata o Convênio AE-1/70, de 15 de janeiro de 1970, será incorporado ao estímulo fiscal relativo ao IPI de que trata o artigo 1º do Decreto-lei n.º 491, de 5 de março de 1969, resolvem celebrar o seguinte

CONVÊNIO

Cláusula primeira. Fica extinto o estímulo fiscal de que tratam as cláusulas I a V do Convênio AE-1/70, de 15 de janeiro de 1970, e modificações posteriormente introduzidas.

Cláusula segunda. Ficam revogadas as disposições em contrário, especialmente:

I - os Convênios AE-2/70, de 31 de março de 1970; AE-11/72, de 23 de novembro de 1972; AE-1/74, de 14 de fevereiro de 1974; AE-6/74, de 31 de outubro de 1974; ICM 12/76, de 27 de abril de 1976; ICM 19/76, de 15 de junho de 1976; ICM 50/76, de 7 de dezembro de 1976; ICM 1/77, de 30 de março de 1977; ICM 5/77, de 30 de março de 1977; ICM 6/77, de 30 de março de 1977 e ICM 19/78, de 28 de julho de 1978.

II - as cláusulas I a V do Convênio AE-1/70, de 15 de janeiro de 1970; a cláusula primeira do Convênio AE-2/71, de 12 de janeiro de 1971; a cláusula primeira e o parágrafo segundo da cláusula segunda do Convênio AE-5/73, de 26 de novembro de 1973; a cláusula quinta do Convênio ICM 4/75, de 15 de abril de 1975; a cláusula segunda do Convênio ICM 9/75, de 15 de abril de 1975 e as cláusulas terceira e quinta do Convênio ICM 35/77, de 7 de dezembro de 1977.

Cláusula terceira. Este Convênio entrará em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional. (grifos nossos)

Assim, como a alíquota máxima do primitivo crédito-prêmio do IPI era de 15% e a do crédito-prêmio de ICM era de 13%, o **renovado** crédito-prêmio de IPI

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

passou a vigorar, como regra, sujeito à alíquota de 28%, fruto da simples soma aritmética das duas alíquotas até então vigentes.

Até aqui, como se vê, todas as mutações porque passou o incentivo federal foram reguladas por leis em sentido formal – dado que os decretos-leis ostentam esta natureza – e por convênios interestaduais, sempre com a presença do Ministro de Estado da Fazenda.

A Resolução CIEX n.º 02/79, em verdade, não majorou a alíquota do crédito-prêmio de IPI, mas apenas acresceu a ela – com o beneplácito do Decreto-Lei 1.586/77 e do Convênio ICM n.º 01/79 – a alíquota do crédito-prêmio de ICM, que acabou extinto.

Toda essa matéria relativa à unificação das alíquotas dos créditos-prêmios de IPI e de ICM tem origem na legislação primária federal, ou seja, decretos-leis do então Presidente da República e Convênios do extinto ICM firmados entre a União e os Estados na vigência da Constituição anterior, de modo que não há de se cogitar a inconstitucionalidade da Resolução CIEX pelo simples fato de terem sido declarados inconstitucionais os DLs 1.724/79 e 1.894/81.

Tudo transcorreu, portanto, na mais absoluta legalidade e constitucionalidade.

A essa conclusão chegou a própria União, como se vê do seguinte tópico do parecer assinado pelo Procurador da Fazenda Nacional Dr. Carlos Roberto G. Marcial e aprovado pelo Procurador-Geral e pelo próprio Ministro da Fazenda, que descreve toda a evolução legislativa sobre a incorporação das alíquotas do crédito-prêmio do ICM às do IPI.

"16. A própria evolução legislativa, no que atine já agora com a responsabilidade dos encargos de exportação, milita em favor desse entendimento

17. É que, imediatamente após a instituição do crédito-prêmio, previsto no art. 1º Do Decreto-Lei n.º 491/69, os Estados foram conclamados ao engajamento na política de incentivos em apoio à colocação de produtos industrializados no mercado internacional. Isso se corporificou pelo Convênio AE n.º 1/70, de 15 de Janeiro de 1970.

18. Durante um determinado lapso de tempo, respeitadas as competências constitucionais exercitadas, coube a cada qual, de per si, o encargo correspondente da política de estímulo às exportações brasileiras. Em outras palavras: a forma de aproveitamento dos créditos financeiros gerados na exportação de produtos industrializados passou a ser aproveitado na forma do regulamento expedido pelas respectivas entidades tributantes.

19. Todavia, com o passar do tempo, evidenciou-se, pelo volume de créditos gerados na área do ICM, impossíveis de serem absorvidos pelos Estados, uma parcial ineficácia do sistema de estímulos à exportação de manufaturados, presente a impossibilidade de fruição integral, pelos exportadores, do incentivo estadual.

20. Editou-se, nesse primeiro passo, o Decreto-Lei n.º 1.426, de 2 de dezembro de 1975, cujo art. 1º. dispunha que o valor dos créditos do ICM que não pudessem ser aproveitados na forma da legislação estadual, seria dedutível do IPI devido pelo estabelecimento fabricante em suas operações no mercado interno, ou, em caso de inaplicabilidade da hipótese, em outras modalidades de aproveitamento, inclusive por via de compensação ou ressarcimento, tudo na

forma de ato do Ministro da Fazenda, para cuja implementação poderia celebrar Protocolos com os Estados interessados.

21. Adiante, porém, através do Decreto-Lei n. 1.492, de 6 de dezembro de 1976, a partir de Convênio celebrado com os Estados, facultou-se a absorção pelo Governo Federal de até 50% (cinquenta por cento) dos estímulos gerados na área do ICM, a partir de 19 de janeiro de 1977. Daí a celebração do Convênio ICM n. 45/76 que criou mecanismo escritural para transformação dos créditos de ICM em créditos de IPI.

22. Em seguida, foi expedido o Decreto-Lei 1.586, de 6 de dezembro de 1977, que, de conformidade com a Exposição de Motivos n. 459, a ele acostada, assim o justificava, *verbis*:

"2. Representa tal medida a natural evolução da política do Governo Federal no setor, de sorte a, gradativamente, como ocorreu através dos Decretos-Leis ns. 1.426, de 2 de dezembro de 1975, e 1.492, de 6 de dezembro de 1976, ir a União assumindo o ônus do sistema de incentivos à exportação no âmbito do Imposto sobre Circulação de Mercadorias."

"3. Dentro dessa linha propõe-se que, a partir do ano vindouro, os créditos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias sejam absorvidos pela União, através da sistemática do Imposto sobre Produtos Industrializados, até o limite de 100% (cem por cento) do seu valor, representando tal providência poderoso alívio financeiro aos Estados exportadores, na medida em que a transferência dos mencionados créditos para a área federal está atualmente limitada ao nível de 50% (cinquenta por cento) do respectivo valor, por força do disposto no Decreto - lei nº. 1.492/76..."

"6. Dessa forma, busca o presente projeto, de um lado, aliviar os encargos financeiros dos Estados exportadores de manufaturados e, de outro, possibilitar a fruição plena, pelos exportadores, dos créditos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias previstos na legislação específica, garantindo-lhes, portanto, a necessária competitividade no comércio internacional".

23. Por esse diploma legal, a União assumiu a integralidade dos encargos emergentes das disposições legais relativas a créditos de ICM gerados a partir de 1º de Janeiro de 1978, e, pelo Convênio ICM n. 40/77, implementou as normas que garantiam tal desiderato, através da transformação, em conta gráfica, dos créditos de ICM em crédito de IPI.

24. Assim sendo, ficaram os Estados desonerados dos encargos financeiros, restando-lhes, porém, a fiscalização e controle dos deveres acessórios dos seus contribuintes pela operacionalidade implantada.

25. Finalmente, através do Convênio ICM n. 1/79, foi extinto o estímulo na área estadual. Concomitantemente, pela Portaria n. 26, de 12 de janeiro de 1979, as alíquotas do IPI foram elevadas em montante equivalente às praticadas no âmbito do ICM.

Diante dessas colocações **conclui o citado Parecer** que:

31. Em síntese: o Decreto-lei nº 1.586/77 desobriga os Estados do pagamento dos créditos decorrentes de exportações realizadas a partir de 1º de janeiro de

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

1978, posto que passaram a ser de inteira responsabilidade do Governo Federal, independentemente da data em que tenham sido celebrados os contratos."

Nos termos do despacho do Sr. Ministro da Fazenda, foi reconhecido ao exportador a alíquota pleiteada de 28% do Crédito-Prêmio ou seja, a soma dos 15 % para o IPI aos 13 % do ICM, nos seguinte termos:

Despacho: Nos termos do Parecer emitido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, **que aprovo, determino** que, para efeito de fixação da alíquota vigente na data da celebração do contrato, **seja incorporada a correspondente ao Imposto sobre Operação Relativas à Circulação de Mercadorias (ICM)**". (Parecer XLII, publicado na Revista de Pareceres da PGFN, ano 1982, p. 804 e seguintes)

Nesse caso submetido à apreciação ministerial, o contribuinte postulava, em face da unificação do crédito-prêmio do ICM com o do IPI, "o ressarcimento de seu crédito assim considerado à alíquota de 28% (15% de IPI + 13% de ICM)". Portanto, a conclusão a que chegou o parecerista, após o minucioso exame da legislação de regência, foi a de que a empresa fazia jus também ao incentivo do ICM, tendo o Ministro da Fazenda aprovado o Parecer, determinando que "para efeito de fixação da alíquota seja incorporada a correspondente ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias-ICM".

Desse modo, a conclusão a que chegou o aresto paradigma da relatoria da Sra. Min. Eliana Calmon está correta, ao assinalar:

Verifico que o voto condutor do julgado, ora embargado, efetivamente não cuidou de examinar a questão da Resolução CIEX, prequestionada desde a apelação, como demonstrado, o que faço nesta oportunidade, para suprir a omissão, desprezando a impugnação da embargada que entende impertinente a alegação, porque limitada ao conhecimento pela alínea "c", não tendo a Fazenda comprovado a divergência jurisprudencial.

Ao longo de pelo menos vinte anos tenho examinado e decidido sobre o benefício que vem ocupando o Judiciário com centenas, senão milhares de demandas, pretendendo a Fazenda derrubar o benefício e ao menos os fatos de correção do incentivo que, segundo o STJ sobreviveu até 1990. Para a embargante a Resolução CIEX nº 02/79 ora é inconstitucional, ora é ilegal, derramando-se em fundamentos e mais fundamentos na tentativa de obter pronunciamento que afaste a incidência da referida norma.

A questão não é tão intrincada quanto faz parecer a União Federal. Não há que se falar em ilegalidade da resolução CIEX 02/79, posto que prevê as mesmas alíquotas referidas pelo Dec.-Lei 461/69, quando este manda aplicar a tabela do IPI, constante da Lei 4.502/64 (Dec.-Lei 461/69, art. 2º).

Ocorre, que por força do convênio, efetivado entre a União e Estados, de legitimidade inquestionada, restou acordado que a alíquota do IPI seria somada a do ICM, na tentativa de estimular as exportações, em decorrência da política adotada à época, arcando a União Federal com o ônus decorrente.

Destarte, a resolução CIEX 2/79 não contrariou a alíquota máxima prevista no § 2º, do art. 2º, do Dec.-Lei 491/69. Tão somente, com embasamento neste e na legislação inerente ao ICM e, ainda, no convênio ICM 01/79, somou as alíquotas, pautando-se pela mais absoluta legalidade.

Repita-se, a resolução CIEX 2/79 apenas agregou alíquotas previstas em Lei. Nada criou ou inovou. Deu corpo ao convênio ICM 1/79, voluntária e conscientemente entabulado.

De referência à alegada inconstitucionalidade da resolução porque derivada de comandos normativos considerados inconstitucionais, os Decretos Leis 1.724/79 e 1.894/81, tenha-se presente que a inconstitucionalidade questionada não foi por inteiro dos referidos decretos-leis e sim do artigo 1º, pelo qual ficou autorizado o Ministro da Fazenda a aumentar ou reduzir, temporária ou definitivamente, ou restringir os incentivos fiscais previstos no Decreto-lei 491/69.

Com efeito, o STF declarou a inconstitucionalidade parcial dos artigos 1º e 3º dos diplomas legais acima mencionados, mantendo-os na parte em que era permitida a delegação. Consequentemente a Resolução CIEX nº 2/79, derivada das Portarias 26/79 e 78/81 nada tem a ver com a inconstitucionalidade parcial declarada pelo STF e que vem sendo aplicada ao longo dos anos pelas instâncias ordinárias e pelo STJ, como na hipótese dos autos. Para melhor visualização temos na sequência os seguintes diplomas que antecederam e depois sucedeu à questionada Resolução CIEX:

- Decreto-lei 491/69, instituiu o incentivo à exportação, chamado de crédito-prêmio IPI;
- Decreto-lei 1.658/79, previu extinção do incentivo para 30 de junho de 1983;
- Decreto-lei 1724/79, prevendo a extinção de forma gradual do benefício fiscal;
- Portarias derivadas dos decretos-leis acima mencionados, diminuindo, suspendendo, aumentando, etc, o incentivo;
- Decreto-lei 1.894/81, outorgando ao Ministro da Fazenda novas delegações.

Com estas considerações, acolho os embargos de declaração para fazer a explicitação acima, mas nego aos aclaratórios efeito infringente.

É o voto.

Em suma, devem ser providos os embargos de divergência pelos fundamentos assim resumidos:

(a) Primeiramente, a Resolução CIEX n.º 02/79 não foi expedida com base na delegação de poderes conferida ao Ministro de Estado da Fazenda pelos Decretos-Leis 1.724/79 e 1.894/81, já que estes foram editados pelo Presidente da República em momento posterior, sendo logicamente inconcebível que um ato normativo secundário assente seu fundamento de validade em normas primárias que lhe sucedem;

(b) Em segundo lugar, ainda que correta a tese fazendária – de que a Resolução CIEX n.º 02/79 tem por fundamento de validade os DLs 1.724/79 e 1.894/81 –, não se cogita da inconstitucionalidade da referida resolução, já que foi preservada, no julgamento do Supremo e na Resolução 71/05 do Senado Federal, a delegação de poderes ao Ministro da Fazenda para majorar o crédito-prêmio de IPI;

(c) Por fim, examinando mais a fundo a cadeia "legislativa" que antecedeu a Resolução CIEX n.º 02/79, verifica-se que esse ato normativo sequer majorou o crédito-prêmio de IPI, mas apenas somou às alíquotas já previstas no Decreto-Lei 491/69 as alíquotas de incentivo à exportação análogo, concedido pelos Estados

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

e intitulado crédito-prêmio de ICM, tudo com o beneplácito do Decreto-Lei 1.586/77 e do Convênio ICM n.º 01/79. Portanto, a unificação das alíquotas dos créditos-prêmios de IPI e de ICM tem origem na legislação primária federal, ou seja, decretos-leis do então Presidente da República e Convênios do extinto ICM firmados entre a União e os Estados na vigência da Constituição anterior, de modo que não há de se cogitar a inconstitucionalidade da Resolução CIEX pelo simples fato de terem sido declarados inconstitucionais os DLs 1.724/79 e 1.894/81.

Ante o exposto, **dou provimento aos embargos de divergência.**

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2009/0186245-4

EREsp 800.578/MG

Números Origem: 200501976493 9400156987 9601022066

PAUTA: 09/02/2011 JULGADO: 14/03/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **WALLACE DE OLIVEIRA BASTOS**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE: CURTUME MODERNO S/A

ADVOGADOS: FRANCISCO ROBERTO SOUZA CALDERARO

DOMINGOS NOVELLI VAZ E OUTRO(S)

EMBARGADO: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Crédito Tributário - Crédito Prêmio

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, a Seção, por unanimidade, conheceu dos embargos e lhes deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima (voto-vista), Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Cesar Asfor Rocha e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

