

Jurisprudência da Primeira Turma

AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR
N. 7.097 — RR (2003/0173761-0)

Relator: Ministro José Delgado

Agravante: Estado de Roraima

Procuradores: Carlos Augusto Valenza Diniz e outros

Agravada: Telemar Norte Leste S/A

Advogados: Marcelo Luiz Ávila de Bessa e outros

EMENTA

Processual Civil. Tributário. Medida Cautelar.

1. Depósitos judiciais efetuados pelo contribuinte para garantir a suspensão da exigência tributária só podem ser levantados pelo poder tributante quando do trânsito em julgado da decisão a seu favor.

2. Determinação para que depósitos irregularmente levantados voltem ao juízo de origem, com vinculação direta da garantia do crédito tributário.

3. A devolução do valor do depósito pelo Fisco não se equipara a pagamento de condenação, para o qual exige-se expedição de precatório.

4. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília (DF), 21 de outubro de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ de 19.12.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: O Estado de Roraima interpõe agravo regimental com referência à decisão monocrática de fls., com pedido específico para excluir

da obrigação de restituir a quantia já levantada, em razão de depósito judicial feito no curso de ação onde se discute exigência de ICMS.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Mantenho a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos. Ei-los (fls. 262/265):

“Vistos etc.

Telemar Norte Leste S/A (atual denominação de Telecomunicações de Roraima S/A — Telaima) interpõe medida cautelar, com pedido de liminar, para emprestar efeito suspensivo a recurso especial interposto em trâmite perante o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. Alega, em síntese, que:

a) impetrou mandado de segurança perante a Justiça Estadual de Roraima visando assegurar seu direito líquido e certo de não se submeter à exigência do ICMS sobre a instalação de telefones fixos, inclusive de forma retroativa (conforme determinado pelo Convênio ICMS n. 69/1998), por entender inexistir prestação de serviço de comunicação na hipótese (aplicação do art. 110 do CTN), e, ainda, em razão de a cobrança retroativa violar o princípio da segurança jurídica e o art. 146 do CTN;

b) o egrégio TJ/RR, mantendo a r. sentença, concedeu a ordem apenas em relação às operações realizadas no período *anterior* à edição do Convênio ICMS n. 69/1998;

c) desejando, contudo, ver suspensa a exigibilidade do crédito tributário não abrangido pela referida decisão, apresentou petição requerendo autorização para depósito do respectivo montante, única e exclusivamente para os fins do art. 151, II, do CTN, tendo sido acolhido o pleito tal como formulado;

d) paralelamente, interpôs recursos especial e extraordinário contra a parte que lhe foi desfavorável, os quais foram admitidos pela Corte local, que determinou a remessa dos autos a este Tribunal Superior;

e) entretanto, foi a autora surpreendida com despacho do Presidente do Tribunal de origem acolhendo pedido formulado pelo Estado de Roraima no sentido de levantamento das importâncias depositadas, justificando a medida sobretudo na ausência de efeito suspensivo dos recursos pendentes;

f) na mesma data a requerente protocolou pedido de reconsideração/agravo regimental, demonstrando a inviabilidade de conversão em renda dos montantes depositados, no atual momento processual;

g) todavia, o alvará de levantamento dos depósitos já foi expedido e retirado pelo Estado, sendo iminente a conversão em renda dos valores depositados;

h) a presente medida cautelar tem o fim de que seja atribuído efeito suspensivo ao recurso especial ofertado e assegurada a subsistência dos depósitos judiciais efetuados no *writ* principal até o trânsito em julgado da decisão final que vier a ser proferida.

Tecendo considerações sobre a tese abraçada e sustentando presentes a fumaça do bom direito e o **periculum in mora**, com a transcrição de julgados a seu favor, requer a concessão da medida liminar para ‘assegurar que os valores depositados nos autos do Mandado de Segurança n. 555/1998 (inclusive no que respeita aos depósitos a serem efetuados, atinentes às operações futuras) permaneçam vinculados ao feito, assegurando-se a suspensão da exigibilidade do crédito tributário até final decisão da questão jurídica em debate’. Relatados, decido.

No referente à possibilidade de se conceder liminar, em sede de ação cautelar, sigo a linha da orientação firmada na doutrina e jurisprudência.

Cabe referir que, sem dúvida, esta egrégia Corte tem sido parcimoniosa, adequadamente, no albergue às medidas cautelares com a feição da presente.

Assim é que, além da prova da interposição do recurso principal (ou como vem entendendo a contemporânea jurisprudência, a prova do julgamento proferido no Tribunal **a quo** para fins de oferta do competente e pertinente recurso), requer-se, ainda, a comprovação do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**.

Confirmam-se alguns julgados a respeito:

‘Processual Civil. Medida cautelar. Efeito suspensivo.

1. Merece se julgar procedente pedido de medida cautelar para emprestar efeito suspensivo a recurso especial interposto para modificar acórdão que prestigiou liminar concedida em ação civil pública, onde visualiza-se por meio de Juízo provisório emitido, entrega definitiva da pretensão posta na ação principal, com graves danos à parte contrária.

2. Existência da fumaça do bom direito em pleito de quem se viu atingido por medida liminar em ação civil pública que proíbe o funcio-

namento da empresa que obteve licenciamento dos órgãos públicos competentes para funcionar.

3. Procedência do pedido cautelar para que nenhum ato de execução da liminar concedida em primeiro grau seja executado, até julgamento final do recurso especial.

4. Temas de alta repercussão em debate envolvendo a proteção do meio ambiente e o exercício de atividade comercial licenciada por autoridade pública’.

(MC n. 1.385/SP, Primeira Turma, deste Relator, DJ de 03.04.2000)

‘Processual Civil. Exceção de incompetência. Seguimento denegado. Medida cautelar. Recurso ordinário pendente de julgamento no tribunal local. Não-conhecimento.

— A avaliação da legalidade ou não de acordo de acionistas atinente à sociedade de economia mista é matéria de competência de uma das Turmas da Segunda Seção.

— É cabível a medida cautelar no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em caráter absolutamente excepcional, se o recurso ordinário ainda não foi julgado no Tribunal de origem, mas somente se, a um só tempo, a decisão cujos efeitos se pretende suspender for indistintamente teratológica e se for inferida a existência de fortes indícios de que o Tribunal local esteja manipulando o regular andamento do feito ou sonegando propositadamente a prestação jurisdicional, além de dela poder advir a ocorrência de danos irreparáveis ou de difícil e incerta reparação, o que não ocorre na espécie.

— Medida Cautelar a que se nega seguimento.’

(MC n. 2.035/MG, Quarta Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 13.03.2000)

‘Medida cautelar — Processual Civil — Liminar concedida em sede de agravo regimental — **Referendum** — Efeito suspensivo a recurso ordinário em mandado de segurança — Afastamento de magistrado vitalício — Carência do **quorum** mínimo qualificado — Ofensa ao art. 29 da Loman — Excepcionalidade do caso concreto.

1. Presentes o **fumus boni iuris** e o **periculum in mora**, assiste razão ao requerente na concessão de efeito suspensivo à decisão denegatória de *writ*.

2. O artigo 29 da Lei Orgânica da Magistratura confere o afastamento de magistrado vitalício, desde que respeitado o **quorum** mínimo qualificado dos integrantes do Tribunal ou de seu Órgão Especial.

3. Medida cautelar procedente, a fim de referendar a decisão proferida em sede de agravo regimental'.

(MC n. 1.860/MT, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 29.11.1999)

‘(Ar) MC — Agravo regimental em medida cautelar — Efeito suspensivo a recurso ordinário em mandado de segurança — Afastamento de magistrado vitalício — Carência do **quorum** mínimo qualificado — Ofensa ao art. 29 da Loman — Excepcionalidade do caso concreto.

1. Em havendo a excepcionalidade reclamada, assiste razão ao requerente na concessão de efeito suspensivo à decisão denegatória de *writ*, cujo recurso ordinário ainda não tenha subido a esta Corte Superior.

2. O artigo 29 da Lei Orgânica da Magistratura confere o afastamento de magistrado vitalício, desde que respeitado o **quorum** mínimo qualificado dos integrantes do Tribunal ou de seu Órgão Especial.

3. Agravo provido para reconsiderar a decisão anterior e conceder o almejado efeito suspensivo’.

(AgRg na MC n. 1.860/MT, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 22.11.1999)

‘**Habeas corpus**. Alienação Fiduciária. Prisão civil. Medida cautelar. Liminar. Efeito suspensivo.

I - Não é cabível a prisão civil do devedor fiduciante porquanto não está ele equiparado ao depositário infiel.

II - Consoante recente entendimento da Terceira Seção desta Corte, a prisão civil do devedor-fiduciante não foi recepcionada pela atual Carta Magna.

III - Presentes os requisitos legais, confirma-se a liminar concedida para emprestar efeito suspensivo a recurso ordinário interposto pelo autor. Recurso a que se nega provimento’.

(AgRg na MC n. 1.118/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Félix Fischer, DJ de 22.06.1998)

‘Processo Civil. Ação cautelar. Atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial. Requisitos.

— A atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial supõe hipótese excepcional em que, sem essa providência, a sentença corre o risco de perder a utilidade; todavia, a par disso, é preciso que a **primo oculi** se reconheça a relevância das razões sustentadas no recurso especial'. (AgRg na MC n. 515, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 02.09.96)

'Processo Civil — Recurso especial — Atribuição de efeito suspensivo.

A atribuição do efeito suspensivo a recurso especial supõe a exequibilidade do acórdão proferido pelo Tribunal **a quo**'.

(AgRg na MC n. 1.002, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 09.12.96)

'Processual Civil. Medida cautelar para conceder efeito suspensivo a recurso especial.

1. A concessão de efeito suspensivo a recurso especial, via medida cautelar, só deve ser atendida quando a parte requerente demonstra, de modo inequívoco, a existência da fumaça do bom direito e do perigo que acarretará a demora do feito, produzindo danos irreparáveis'. (MC n. 344/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 09.12.1996)

Firmado o convencimento acima anotado, identifico, no pedido em apreciação, os pressupostos genéricos e específicos para a concessão da liminar.

A fumaça do bom direito faz-se presente (inúmeras decisões desta Corte Superior no sentido de que o depósito para suspender a exigibilidade do crédito tributário só pode ser convertido em renda da União, ou devolvido ao contribuinte, após o trânsito em julgado da decisão).

Não é difícil constatar, também, a presença do **periculum in mora** (a imediata conversão em renda dos respectivos valores implicará a perda parcial do objeto do **mandamus**, sujeitando a requerente, se vitoriosa ao final, à via do **solve et repete**, com a necessidade do ajuizamento de nova ação para receber os aludidos valores).

Cumpra registrar, não há o risco de se criar situação fática irreversível ante a circunstância do provimento liminar aqui ser outorgado. Penso que, numa situação assim, não seria próprio cogitar-se a respeito de 'utilidade' para o provimento a ser entregue a final.

A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas de direito público.

Com base no juízo provisório acima desenvolvido, o qual não fica imune a ser firmado em outra linha no momento da conclusão definitiva, *concedo* a liminar nos termos em que pleiteada, para conceder efeito suspensivo ao recurso especial, determinando que os valores depositados nos autos do Mandado de Segurança n. 555/1998 (inclusive no que respeita aos depósitos a serem efetuados, atinentes às operações futuras) permaneçam vinculados ao referido feito, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário até o pronunciamento definitivo deste Colegiado, evitando, assim, a possibilidade de grave lesão de difícil reparação à requerente.

Determino, ainda, que os valores que porventura tenham sido levantados pelo requerido retornem ao seu **status quo**, isto é, ao juízo originário para continuarem como garantia da suspensão da exigibilidade do crédito tributário discutido.

Cite-se o requerido para resposta, no prazo legal.

Oficie-se, com urgência e brevidade, ao Sr. Presidente do Tribunal de origem.

Publique-se. Intimações necessárias”.

Não há obstáculo para o cumprimento da decisão.

A agravante não está efetuando nenhum pagamento em decorrência de decisão judicial, para o que é obrigatório o precatório.

A obrigação que lhe está sendo imposta é, unicamente, de devolver ao juízo de origem quantias que, estando vinculadas para garantir suspensão de exigência tributária, só podem ser levantadas após o trânsito em julgado da decisão.

A devolução pode ser efetuada por mera operação de transferência de numerário, por ordem judicial, da conta do Estado para a conta judicial respectiva.

Isso posto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO
RECURSO ESPECIAL N. 591.449 — MG (2003/0163230-8)**

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Embargante: Miraglia e Neiva Advogados

Advogados: Rodrigo Badaró Almeida e Castro e outros

Embargada: Fazenda Nacional

Procuradores: Cláudia Regina A. M. Pereira e outros

EMENTA

Processual Civil. Embargos de declaração. Contradição. Inexistência.

1. A contradição que dá ensejo a embargos de declaração (inciso I do art. 535 do CPC) é a que se estabelece no âmbito interno do julgado embargado, ou seja, a contradição do julgado consigo mesmo. Não são os embargos de declaração meio hábil para se obter nova apreciação do recurso.

2. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 08 de junho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ de 21.06.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de embargos de declaração (fls. 172/178) apresentados pela Fazenda Nacional em face de acórdão assim ementado:

“Tributário. Agravo regimental. Cofins. Isenção. Sociedades civis de prestação de serviços profissionais. Incompatibilidade entre lei complementar e lei ordinária superveniente. Matéria de índole constitucional.

1. A controvérsia a respeito da incompatibilidade de lei ordinária em face de lei complementar é de natureza constitucional, já que a invasão, por lei ordinária, da esfera de competência reservada constitucionalmente à lei complementar, acarreta a sua inconstitucionalidade, e não a sua ilegalidade. Precedentes do STF.

2. Assim, a discussão sobre a Lei Complementar n. 70/1991 ser material-

mente ordinária, bem como a respeito da revogação de seu art. 6º, II, pela Lei n. 9.430/1996, tem índole constitucional, sendo vedada sua apreciação em recurso especial.

3. De qualquer modo, no caso concreto, a questão controvertida foi enfrentada, pelo acórdão recorrido, por fundamentos exclusivamente constitucionais.

4. Agravo regimental improvido.” (Fl. 170)

A embargante em suas razões, reitera os argumentos expendidos no especial e no agravo regimental, alegando que o Tribunal de origem, ao tratar da revogação do art. 6º da LC n. 70/1991 pela Lei n. 9.430/1996, o fez também tendo em vista a impossibilidade de lei complementar revogar lei ordinária. Sustenta que o acórdão recorrido está em confronto com a jurisprudência dominante desta Corte, aplicando-se ao caso o enunciado da Súmula n. 276/STJ. Requer o saneamento das contradições e omissões, “especialmente no que se refere às divergências de jurisprudência e do Enunciado n. 276/STJ” (fl. 178).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. A contradição que dá ensejo a embargos de declaração (inciso I do art. 535 do CPC) é a que se estabelece no âmbito interno do julgado embargado, ou seja, a contradição do julgado consigo mesmo, como quando, por exemplo, o dispositivo não decorre logicamente da fundamentação.

Evidencia-se, portanto, a intenção da embargante de ver reaberta a discussão das questões de mérito decididas no acórdão, finalidade que não se coaduna com a disciplina dos embargos de declaração.

2. Frise-se que, mesmo no propósito incabível de rediscutir o julgado, o embargante acaba por endossar seus termos, afirmando que “a lei não pode tratar de matéria que é competência de lei complementar, sob pena de inconstitucionalidade, sendo que qualquer contradição entre essas espécies normativas será sempre por invasão de competência de uma pela outra. Na espécie, tem-se que o art. 56 da Lei n. 9.430/1996 (ordinária) ao estabelecer que as sociedades civis de profissão regulamentada passariam a contribuir com a seguridade social com base na receita bruta da prestação dos serviços, cometeu agressão à Constituição (...)” (fl. 174)

3. Diante do exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL
N. 332.663 — SC (2001/0096535-0)**

Relator: Ministro José Delgado

Embargante: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Gustavo Magalhães Lordello e outros

Embargada: Sadia S/A

Advogados: Carlos Roberto Viechneiski e outros

EMENTA

Processual civil. Recurso especial. Valoração da prova. Possibilidade. Não-aplicação da Súmula n. 07/STJ. Pretensão de prequestionamento de matéria constitucional. Descabimento. Súmula n. 98/STJ. Interpretação. Embargos de declaração. Desconformidade com os fundamentos antes aduzidos. Inexistência de omissão ou contradição no acórdão embargado.

1. Os embargos de declaração somente são cabíveis quando “houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade, dúvida ou contradição” ou “for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o Juiz ou Tribunal” (incisos I e II do art. 535 do CPC).

2. Na espécie, o aresto embargado se limitou a valorar a prova trazida aos autos (CND) sendo certo que a Súmula n. 07/STJ não possui o condão de impedir, na via do recurso especial, que o julgador aprecie a lide em toda a sua inteireza, inclusive, se for o caso, detectando desconformidade entre o provimento efetivamente concedido e o direito executado, como na espécie.

3. O que a Súmula n. 07/STJ não permite é o “simples reexame da prova”, tal não se confundindo com a adequada e necessária valoração dela, bem assim com a sua justa e adequada re colocação no contexto normativo incidente.

4. A Súmula n. 98/STJ (“embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”), não autoriza que “se tenha matéria como prequestionada”, mas assenta o entendimento de que a intenção real de prequestionamento não conduz, por si só, ao caráter protelatório dos embargos de declaração. Não suprindo, todavia — de forma instantânea e automática —, o enfrentamento do

tema que se pretende ver discutido, caso tal procedimento não tenha efetivamente ocorrido.

5. Nesse contexto, é certo que o julgador não se vê obrigado a examinar e se manifestar sobre toda e qualquer tese jurídica sustentada pelas partes, sendo suficiente que a decisão prolatada seja revestida da necessária fundamentação, o que no caso foi sobejamente atendido.

6. O eventual acolhimento de apelo declaratório exige, também, a razoabilidade dos argumentos trazidos a exame, não se verificando **in casu** esse requisito, na medida em que as razões apresentadas pela embargante conflitam com os elementos jurídicos por ela mesma aduzidos em momento anterior.

7. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ de 16.02.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado: Trata-se de embargos de declaração (fls. 575/583) opostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social em face do acórdão de fls. 567/573, assim ementado:

“Processual Civil. Embargos de declaração. Concessão de efeito infringentes. Possibilidade. Certidão de dívida ativa em desconformidade com o direito deferido. Anulação. Cabimento. Perda da maior parte do direito pleiteado. Obrigação pelo ônus da sucumbência.

1. Os embargos de declaração somente são cabíveis quando ‘houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade, dúvida ou contradição’ ou ‘for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o Juiz ou Tribunal’ (incisos I e II do art. 535 do CPC). Todavia, no caso concreto, caracterizada a excepcionalidade

de do direito em debate, mostra-se de inteira legalidade a concessão de efeitos infringentes a esse recurso, tal como asseverado pela jurisprudência da Corte (REsp n. 385.388/MG, DJ de 17.02.2003, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, REsp n. 222.033/PB, DJ de 18.09.2000, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros)

2. Estando uma das Certidões de Dívida Ativa que sustentam o pedido executório em desconformidade com o decidido nos autos, é de rigor que seja ela anulada, não havendo que se falar, de outro ângulo, em acerto do valor da Certidão em futura fase de cobrança. Isto porque a liquidez e a legalidade da obrigação exigida são condições essenciais a tal título executivo. À falta de qualquer destas, impõe-se a sua desconstituição.

3. Embora o embargado tenha obtido êxito no recurso especial, foi afastada a exigibilidade da maior parte da importância discutida, evidência que recomenda seja por ele suportado, integralmente, os ônus de sucumbência.

4. Embargos de declaração acolhidos.” (Fl. 569, ementa do acórdão embargado)

Ao manejarem segundos embargos declaratórios, a empresa em litígio obteve a tutela vindicada nos termos da ementa em referência. Desse acórdão, contudo, sob o argumento de omissão e contradição, insurge-se o INSS por via dos embargos em apreciação (terceiros embargos após o julgamento do REsp, primeiro apresentado pela autarquia), sob os seguintes argumentos:

“a) Para que a valoração da prova seja admitida em sede extraordinária é necessário que os pressupostos fáticos já estejam expressamente indicados, o que na espécie não ocorreu, na medida em que, nos acórdãos de apelação e embargos de declaração, envidados no TRF, não constam os períodos de apuração dos débitos exigidos, tampouco os valores discutidos na CDA ou o fato de que se referem elas tão-somente ao Funrural;

b) Por conseqüência, o aresto embargado reexaminou os fatos e as provas, procedimento incompatível com o recurso especial, tendo-se, então, a incidência da Súmula n. 07/STJ;

c) Em caso do não-acolhimento do pedido, pede o prequestionamento dos arts. 5^ª, LIV, e 105, III, da Constituição Federal, em face da ofensa aos requisitos (constitucionais) de admissibilidade do recurso especial;

d) Aduz, ainda, que a CDA anulada possui numerosos dispositivos como base legal, não havendo certeza de que se referem exclusivamente ao Funrural, razão pela qual a concessão de efeitos infringentes ao recurso declaratório exigiria a realização de uma perícia contábil, o que vem a demonstrar,

também, o procedimento probatório que foi aplicado, estranho, **in casu**, à competência deste Superior Tribunal de Justiça.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Os embargos inquinam de omissão e contradição decisório de fls. 567/573, por mim relatado. Todavia, como adiante demonstrado, esses defeitos não estão presentes.

Com efeito, é certo que não se realizou, a qualquer título, o reexame da matéria probatória, como registra o recurso. Antes, apenas se aplicou à controvérsia a norma jurídica mais adequada. Nesse sentido, vale registrar, verificou-se que a pretensão da autarquia, ultrapassando a autorização legal, submeter a empresa à obrigação que não era devida, na medida em que, sobre o período posterior a 1991, referido expressamente na CDA, não mais incidia a contribuição para o Funrural. Assim, apenas deu-se cumprimento aos exatos termos do decidido à fl. 520, que determinou:

“Em assim sendo, no meu entender, a empresa recorrida está obrigada a pagar o Funrural até o advento da Lei n. 8.213/1991.

Para tal fim, dou provimento ao recurso.” (Acórdão de recurso especial, fl. 520)

Veja-se, a CDA de fl. 10 lança as obrigações tributárias até 1994, em clara ofensa à jurisdição prestada nos autos, como já registrado na decisão ora embargada. Aliás, é o próprio INSS que constata essa evidência, tanto assim que assentou “...Observe-se que o afastamento de obrigações relativas aos períodos posteriores a novembro de 1991 será apurado convenientemente em futura fase de cobrança” (fl. 565, embargos de declaração). Nessa hipótese, reconhecer-se o descompasso do direito que está sendo entregue não constitui, evidentemente, reexame de prova. Ao revés, entender-se que no caso estar-se-ia simplesmente revolvendo a prova, corresponde, ao meu sentir, em exegese que desvirtua a função constitucional reservada ao julgador, em claro e irreparável prejuízo aos cidadãos que buscam a correta interpretação das normas e a realização da justiça.

De outro ângulo, importa notar-se que a Súmula n. 07/STJ não possui o condão de impedir, na via do recurso especial, que o julgador aprecie a lide em toda a sua inteireza, inclusive, se for o caso, detectando desconformidade entre o provimento efetivamente concedido e o direito executado, como na espécie. Em realidade, o que a referida súmula não permite é o “simples reexame da prova”, tal não se confundindo com a adequada e necessária valoração dela, bem assim com a sua

justa e adequada recolocação no contexto normativo incidente. Na espécie, o acórdão embargado se limitou a operar essa valoração dos elementos probatórios.

Pede a embargante, ademais, que se tenha como prequestionados os artigos 5º, LIV, e 105, III, da Constituição Federal. Todavia, essa pretensão não guarda razoabilidade com a matéria trazida a juízo, uma vez que a matéria pertinente aos pressupostos constitucionais do recurso especial não foi, sob qualquer aspecto, objeto de inconformismo em discussão nos autos. No momento, permanece a desnecessidade de examinar tal questão.

Cabe, de outro vértice, assinalar que a Súmula n. 98/STJ (“Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”) não impõe ao julgador a obrigatoriedade de exame de todo e qualquer tema jurídico apresentado pelas partes, menos ainda determina que assuntos não enfrentados sejam “tidos por prequestionados”. O comando dessa súmula, em realidade, é tão-somente no sentido de que a intenção real de prequestionamento não conduz, por si só, ao caráter protelatório dos embargos de declaração. Não significa, porém, que a simples apresentação dos dispositivos que se queira ver discutidos, automaticamente, passe a corresponder a um efetivo exame deles.

Note-se, ainda, que a embargante inquina de dúvida o fato de a certidão de fl. 10 ser ou não relativa ao Funrural, sugerindo que a confirmação da natureza dos débitos nela consignados fica a depender de perícia judicial. Todavia, a assertiva se mostra em desconformidade com os argumentos e fatos trazidos e registrados pela própria autarquia embargante, como se vê:

“... o ora recorrido é contribuinte do Funrural, na condição de adquirente (art. 15, I, **a** da LC n. 11/1971), até o advento da Lei n. 8.213/1991.

Com a unificação do regime de custeio, por força da superveniência do artigo 138 da Lei n. 8.213/1991, é que se tornou inexistente a contribuição sobre a produção.

De fato, nada se recolhe a este título, a partir de novembro de 1991. Contudo, o período da dívida executada refere-se a 08/91 a 10/91. (Grifei)

Assim, deve ser reconhecido ter o v. acórdão recorrido negado vigência ao art. 15, I, da LC n. 11/1971, e contrariado as disposições do art. 3º da Lei n. 7.787/1989, sendo legítima, por conseguinte, a cobrança da contribuição para o Funrural...” (peça de recurso especial do INSS, fl. 474)

No particular, percebe-se que a autarquia aduz argumentos conflitantes com os elementos por ela mesma aduzidos em momento anterior. De qualquer sorte, acha-se robustamente explicitado nos autos que os débitos executados foram origi-

nados pelo não-recolhimento das contribuições devidas a título de Funrural, não fazendo sentido, nesse contexto, a referência à necessidade de perícia judicial para se verificar a razão dos débitos exigidos pelo INSS.

Ante todo o exposto, ausente qualquer omissão, obscuridade ou contradição no acórdão impugnado, rejeito os presentes embargos declaratórios.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 446.764 — RS (2002/0085082-8)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Metalúrgica Açoreal Ltda

Advogados: Haroldo Almeida Soldateli e outros

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Márcia Pinheiro Amatea e outros

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Ação de repetição de indébito. Tributo declarado inconstitucional. Prescrição. Termo inicial.

1. O sistema de controle de constitucionalidade das leis adotado no Brasil implica assentar que apenas as decisões proferidas pelo STF no controle concentrado têm efeitos **erga omnes**. Consectariamente, a declaração de inconstitucionalidade no controle difuso tem eficácia **inter partes**. Forçoso, assim, concluir que o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo pelo STF só pode ser considerado como termo inicial para a prescrição da ação de repetição do indébito quando efetuado no controle concentrado de constitucionalidade, ou, tratando-se de controle difuso, somente na hipótese de edição de resolução do Senado Federal, conferindo efeitos **erga omnes** àquela declaração (CF, art. 52, X).

2. Não obstante, a declaração de inconstitucionalidade somente tem o condão de iniciar o prazo prescricional quando, pelas regras gerais do CTN, a prescrição ainda não se tenha consumado. Considerando a tese sustentada de que a ação direta de inconstitucionalidade é imprescritível, e em face da discricionariedade do Senado Federal em

editar a resolução prevista no art. 52, X, da Carta Magna, as ações de repetição do indébito tributário ficariam sujeitas à reabertura do prazo prescricional por tempo indefinido, violando o primado da segurança jurídica, e **a fortiori**, todos os direitos seriam imprescritíveis, como bem assentado em sede doutrinária:

“Por isso, o controle da legalidade não é absoluto, exige o respeito do presente em que a lei foi vigente. Daí surgem os prazos judiciais garantindo a coisa julgada, e a decadência e a prescrição cristalizando o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

(...)

Como a ADIn é imprescritível, todas as ações que tiverem por objeto direitos subjetivos decorrentes de lei cuja constitucionalidade ainda não foi apreciada, ficariam sujeitas à reabertura do prazo de prescrição, por tempo indefinido. Assim, disseminaria-se a imprescritibilidade no direito, tornando os direitos subjetivos instáveis até que a constitucionalidade da lei seja objeto de controle pelo STF. Ocorre que, se a decadência e a prescrição perdessem o seu efeito operante diante do controle direto de constitucionalidade, então todos os direitos subjetivos tornariam-se imprescritíveis.

A decadência e a prescrição rompem o processo de positivação do direito, determinando a imutabilidade dos direitos subjetivos protegidos pelos seus efeitos, estabilizando as relações jurídicas, independentemente de ulterior controle de constitucionalidade da lei.

O acórdão em ADIn que declarar a inconstitucionalidade da lei tributária serve de fundamento para configurar juridicamente o conceito de pagamento indevido, proporcionando a repetição do débito do Fisco somente se pleiteada tempestivamente em face dos prazos de decadência e prescrição: a decisão em controle direto não tem o efeito de reabrir os prazos de decadência e prescrição.

Descabe, portanto, justificar que, com o trânsito em julgado do acórdão do STF, a reabertura do prazo de prescrição se dá em razão do princípio da **actio nata**. Trata-se de repetição de princípio: significa sobrepor como premissa a conclusão que se pretende. O acórdão em ADIn não faz surgir novo direito de ação ainda não desconstituído pela ação do tempo no direito.

Respeitados os limites do controle da constitucionalidade e da imprescritibilidade da ADIn, os prazos de prescrição do direito do contri-

buinte ao débito do Fisco permanecem regulados pelas três regras que construímos a partir dos dispositivos do CTN.” (**Eurico Marcos Diniz de Santi**. “Decadência e Prescrição no Direito Tributário”. São Paulo, Editora Max Limonad, 2000, pp. 271/277)

3. Tratando-se de declaração de inconstitucionalidade **incidenter tantum** e **inter partes**, posto não editada resolução do Senado, aplica-se à ação de repetição os termos dos arts. 168, I, e 150, § 4º, do CTN, quanto ao prazo prescricional da ação para ver reconhecido o direito de a recorrente obter autorização para repetir ou compensar valores recolhidos a título de contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários nas competências de setembro e outubro de 1989, tendo em vista a majoração das alíquotas pela Lei n. 7.787/1989.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, após o voto-vista do Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, por maioria, vencido o Sr. Ministro Paulo Medina (voto-vista), conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros (voto-vista), José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 16 de setembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJ de 10.12.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial, com fulcro nas alíneas **a** e **c**, interposto por Metalúrgica Açoreal Ltda contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fl. 146):

“Tributário. Contribuição previdenciária. Incidência sobre o **pro labore**. Administradores. Autônomos e avulsos. Lei n. 7.787. Competências 9/1989 e 10/1989. Prejudicial de mérito. Prescrição. Ocorrência.

1. Ajuizada ação em 27.09.2000, pleiteando repetição de indébito de

pro labore, há perda do direito ao ressarcimento das parcelas pagas antes de 27.09.1990, sobre as quais aquelas perseguidas nesta demanda concernente às competências 9/1989 e 10/1989. Inteligência dos artigos 150, § 4º, 156-VII, 165-I todos do CTN face o **pro labore** sujeitar-se ao regime do lançamento por homologação.

2. Apelação improvida.”

Opostos embargos de declaração, assim se manifestou a Corte de origem:

“Embargos declaratórios. Prequestionamento.

1. O prequestionamento para o recurso extraordinário ou especial não reclama que o preceito constitucional ou infraconstitucional invocado pelo recorrente tenha sido explicitamente referido pelo acórdão, mas, sim, que este tenha versado inequivocamente a matéria objeto da norma que nele se contenha. Precedentes: STF, RE n. 141.788/CE, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, **in** DJ de 18.06.1993; STJ, REsp n. 155.021/SP — DJ de 13.09.1999.

2. Embargos de declaração improvidos.” (Fl. 156)

A empresa recorrente impetrou mandado de segurança preventivo, com a finalidade de obter autorização para compensar valores recolhidos a título de Contribuição Previdenciária incidente sobre a folha de salários nas competências de setembro e outubro de 1989, tendo em vista a majoração das alíquotas pela Lei n. 7.787/1989, sem a observância do princípio da anterioridade mitigada.

A segurança foi denegada em primeiro grau, ante o reconhecimento da prescrição do direito da recorrente de obter a restituição/compensação dos valores indevidamente recolhidos, tendo a sentença sido confirmada em sede de apelação, pelo Tribunal **a quo**, consoante ementa acima transcrita.

Ao interpor o presente recurso especial, a empresa alegou violação do art. 168, I, do CTN, além de divergência jurisprudencial.

Da argumentação da recorrente, destaca-se o seguinte trecho:

“Até a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, em ação direta de inconstitucionalidade, ou a edição de resolução do Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da Constituição da República, a lei instituidora do gravame conta com presunção de constitucionalidade. Os pagamentos efetuados em atenção aos seus dispositivos são tidos por efetivamente devidos.

Enquanto não julgada ação direta, ou editada resolução, o contribuinte não conseguiria obter a restituição do tributo, pelas vias regulares. Os órgãos administrativos reiteradamente se furtam em apreciar a inconstitucionalidade de leis, sob o argumento de que se trata de matéria privativa do Poder Judici-

ário. Portanto, o contribuinte somente teria êxito, na pretensão de recuperar os pagamentos realizados, caso tomasse a via excepcional, partindo para uma batalha em ação judicial. Nessa demanda, deveria enfrentar a inconstitucionalidade da lei, como questão prejudicial.

Somente após a decretação de inconstitucionalidade da lei, com efeitos **erga omnes** (mediante ADIn ou resolução), cabe conferir caráter indevido ao pagamento realizado pelo contribuinte. A partir desse momento, abre-se ao sujeito passivo a possibilidade de exercer seu direito à restituição do tributo inconstitucional. A presunção de constitucionalidade da lei cai, porque expungida do sistema jurídico o ato normativo (ADIn do STF), ou suspensa sua execução (Resolução do SF).

O marco temporal que há de balizar prazo para a repetição de tributos inconstitucionais deve recair justamente sobre essa data: julgamento de ação direta de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal ou edição de resolução do Senado Federal, dentro do controle difuso de constitucionalidade.

Não é razoável nem jurídico exigir que o sujeito passivo suponha a inconstitucionalidade da lei, de forma a ingressar com pedido de restituição tão logo efetue o pagamento do tributo. A presunção de constitucionalidade não milita justamente em sentido contrário. Enquanto não declarada, com eficácia **erga omnes**, a nulidade do ato normativo, outra conduta não deve esperar-se do contribuinte do que se conformar com o pagamento realizado.

(...)

No caso em concreto, o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 3, I, da Lei n. 7.787/1989, ocorreu no controle concreto de constitucionalidade pelo STF. O acórdão foi julgado em 27 de setembro de 1995, e publicado no DJ de 17 de novembro de 1995. Não houve, até o momento, edição de resolução do Senado Federal.”

Ao final, requereu o provimento do presente recurso, com a reforma do aresto impugnado, para que sejam reconhecidas como não prescritas as parcelas objeto da demanda.

Às fls. 205/217, recurso extraordinário dirigido ao Pretório excelso.

Não foram apresentadas contra-razões, consoante certidão de fl. 219v.

Efetuada o juízo positivo de admissibilidade na instância de origem (fl. 220), ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, o recurso especial não merece conhecimento pela alínea **c**, uma vez que os paradigmas colacionados pela empresa recorrente limitaram-se a determinar a declaração de inconstitucionalidade do tributo como sendo o termo inicial para a prescrição da ação de repetição do indébito, sem, no entanto, tratar a questão sob o enfoque suscitado nas razões do presente apelo.

Conheço do recurso especial tão-somente pela alínea **a**, ou seja, pela alegação de violação do art. 168, I, do Código Tributário Nacional.

Pretende a recorrente obter a declaração de que o direito de pleitear a repetição das parcelas indevidamente recolhidas a título de contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários nas competências de setembro e outubro de 1989 não está prescrito, tendo em vista que o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 3º, I, da Lei n. 7.787/1989 ocorreu em sede recurso extraordinário, portanto, no controle difuso de constitucionalidade, onde os efeitos da decisão do Pretório excelso são **inter partes**. Assim, como não foi editada resolução do Senado Federal conferindo efeitos **erga omnes** ao julgado, o prazo prescricional não teria ainda começado a fluir.

A jurisprudência do STJ está consolidada no sentido de que a data do trânsito em julgado da decisão do STF, declarando a inconstitucionalidade do tributo, é o termo *a quo* da prescrição para a respectiva ação de repetição do indébito. Entretanto, não há, no âmbito desta Corte, essa diferenciação destacada entre as decisões proferidas no controle difuso e no controle concentrado de constitucionalidade. A respeito, confirmam-se os precedentes abaixo:

“Processual Civil. Tributário. Empréstimo compulsório sobre veículos. Decreto-Lei n. 2.288/1986. Inconstitucionalidade. Restituição. Prescrição. Contagem do prazo. Agravo regimental. Ausência de argumento novo. Improvimento.

— Conta-se do trânsito em julgado do acórdão proferido pelo Pleno do STF, que julgou o *RE n. 121.336/CE*, em 17.10.1990 e publicado no DJ de 26.06.1997, declarando a inconstitucionalidade do empréstimo compulsório instituído pelo Decreto-Lei n. 2.288/1986, a contagem do prazo prescricional de 05 (cinco) anos para pleitear a repetição do indébito.

— Agravo regimental que se limita a repetir tese já enfrentada pela decisão recorrida.

— Improvido.” (AgRg no REsp n. 268.188/MT, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 11.06.2001) (grifo nosso)

“Tributário. Contribuição previdenciária incidente sobre remuneração paga a autônomos, avulsos e administradores. Compensação. Critérios. Índices de correção monetária. Leis ns. 7.787/1990, 8.212/1991, 8.177/1991. *ADIn n. 1.102-2/DF*

(...)

2. A prescrição quinquenal para a compensação correspondente à contribuição previdenciária indevidamente recolhida sobre a remuneração dos trabalhadores avulsos, autônomos e administradores só começa a fluir após o julgamento da *ADIn n. 1.102-2/DF*

(...)

4. Recurso parcialmente provido.” (REsp n. 181.398/MG, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, DJ de 25.02.2002) (grifo nosso)

“Tributário. Prescrição. Repetição de indébito. Lei inconstitucional.

1. Atende ao princípio da ética tributária e o de não se permitir a apropriação indevida, pelo Fisco, de valores recolhidos a título de tributo, *por ter sido declarada inconstitucional a lei que o exige, considerar-se o início do prazo prescricional de indébito a partir da data em que o colendo Supremo Tribunal Federal declarou a referida ofensa à Carta Magna.*

2. Recurso improvido.” (REsp n. 200.909/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 1º.07.1999) (grifo nosso)

Todavia, mister enfrentar a questão à luz da eficácia da declaração de inconstitucionalidade num e noutro caso. No sistema adotado pelo Brasil, apenas as decisões proferidas pelo STF no controle concentrado têm efeitos **erga omnes**. Neste sentido, a lição do ilustre constitucionalista **José Afonso da Silva**:

“A declaração de inconstitucionalidade, na via indireta, não anula a lei nem a revoga; teoricamente, a lei continua em vigor, eficaz e aplicável, até que o Senado Federal suspenda sua executoriedade nos termos do art. 52, X; a declaração na via direta tem efeito diverso, importa em suprimir a eficácia e aplicabilidade da lei ou ato, como veremos nas distinções feitas em seguida.

Em primeiro lugar, temos que discutir a eficácia da sentença que decide a inconstitucionalidade na via da exceção, e que se resolve pelos princípios processuais. Nesse caso, a arguição da inconstitucionalidade é questão prejudicial e gera um procedimento **incidenter tantum**, que busca a simples verificação da existência ou não do vício alegado. E a sentença é declaratória. Faz coisa julgada no caso e entre as partes. Mas, no sistema brasileiro, qualquer que seja o tribunal que a proferiu, não faz ela coisa julgada em relação à

lei declarada inconstitucional, porque qualquer tribunal ou juiz, em princípio, poderá aplicá-la por entendê-la constitucional, enquanto o Senado Federal, por resolução, não suspender sua executoriedade, como já vimos.” (Curso de Direito Constitucional. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 53/54)

Ora, se a declaração de inconstitucionalidade no controle difuso apenas tem efeitos **inter partes**, forçoso concluir que o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo pelo STF só pode ser considerado como termo inicial para a prescrição da ação de repetição do indébito quando efetuado no controle concentrado de constitucionalidade, ou, no caso do controle difuso, somente na hipótese de edição de resolução do Senado Federal, conferindo efeitos **erga omnes** àquela declaração (CF, art. 52, X). Nesse mesmo sentido, o entendimento de **Marco Aurelio Greco** e **Helenilson Cunha Pontes**:

“A declaração de inconstitucionalidade pode advir de um julgamento **incidenter tantum** proferido em processo de outro contribuinte. Ou seja, um contribuinte, por discordar da exigência, ingressa com algum tipo de processo judicial (suponhamos que antes do prazo de cinco anos do pagamento efetuado) e obtém êxito, a ponto de, naquele processo, ser declarada a inconstitucionalidade da lei.

Olhemos da perspectiva dos demais contribuintes. Em relação a estes, esta declaração de inconstitucionalidade tem o efeito de deflagrar a fluência do prazo prescricional? A rigor, a pergunta não é exatamente esta, mas sim sobre um dado anterior, qual seja, saber se essa decisão tem o efeito de alterar a situação jurídica subjetiva de quem não foi parte naquele processo.

Uma resposta possível é a de que a decisão **incidenter tantum** não produz efeitos em relação a terceiros. Portanto, numa primeira interpretação, pode-se sustentar que a declaração **incidenter tantum** não altera a situação jurídica subjetiva do contribuinte que pagou aquele tributo, mas não participou do processo em que houve a respectiva declaração de inconstitucionalidade.

A situação dos demais contribuintes somente será alterada se vier a ser editado um dentre outros dois tipos de atos jurídicos que apresentam eficácia geral e, portanto, atinjam todos os contribuintes, mesmo os que não participaram do processo específico. No âmbito federal, pode haver:

a) uma resolução do Senado suspendendo a execução da lei, nos termos do inciso X do artigo 52 da CF/1988; ou

b) um ato de caráter geral que reconheça a inconstitucionalidade e estenda, a todos os contribuintes que se encontrem na mesma situação, os efeitos do julgamento que a declarou. É o caso de decreto do Presidente da

República, de parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e de súmula da Advocacia Geral da União.” (“Inconstitucionalidade da Lei Tributária — Repetição do Indébito”. São Paulo, Dialética, 2002, pp. 71/72)

No caso dos autos, como a declaração da inconstitucionalidade do inciso I do art. 3º da Lei n. 7.787/1989 *se deu no julgamento do Recurso Extraordinário* n. 169.740/PR (controle difuso), e não foi editada a resolução prevista no art. 52, X, da Carta Magna, em princípio assistiria razão à recorrente em afirmar que tal declaração não teria o condão de iniciar a fluência do prazo prescricional para os demais contribuintes.

Definidos os limites do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal no controle difuso e no concentrado, subjaz ainda uma questão a ser analisada: tendo em vista que a ação direta de inconstitucionalidade é imprescritível (Súmula n. 360 do STF), e em face da discricionariedade do Senado Federal em editar a resolução prevista no art. 52, X, da CF/1988, ficariam as ações de repetição do indébito tributário sujeitas à reabertura do prazo prescricional por tempo indefinido?

Os que defendem esta tese sustentam: a) não haver a lei regulando a prescrição da ação para pleitear a restituição de tributo inconstitucional, uma vez que os arts. 168 e 169 do CTN não se refeririam à ação com fundamento na inconstitucionalidade da lei; b) a presunção de constitucionalidade das leis impediria a afirmação da existência do direito à restituição do indébito antes da declaração da inconstitucionalidade da lei em que se funda a cobrança do tributo.

Ora, a inconstitucionalidade da lei, no controle difuso, é **causa petendi**, e por isso o CTN a ela não se refere, mas tão-somente à ação de repetição, qualquer que seja a sua razão de ser.

Por outro lado, a presunção de constitucionalidade das leis não é absoluta. Deveras, num sistema como o brasileiro, em que se admite o controle difuso, inúmeras são as ações em que os contribuintes pleiteiam a repetição sob a invocação **incidenter tantum** da inconstitucionalidade. Aliás, na hipótese vertente a declaração foi objeto de controle difuso em recurso extraordinário, conseqüentemente, no nosso sistema, não é necessário aguardar uma ação direta de inconstitucionalidade para repetir-se o tributo indevido.

Em sendo possível discutir no controle difuso a legalidade do tributo, a declaração de inconstitucionalidade posterior e em controle concentrado não tem o condão de reabrir prazos superados. A seguir esse raciocínio, vinte anos depois de incorporado o tributo ao Erário, e satisfeitas necessidades coletivas com esses fundos, o Estado ver-se-ia instado a devolver as quantias sem que a contraprestação também ocorresse, gerando situação de enriquecimento por parte do cidadão em

detrimento do Estado. Não é demais lembrar que a segurança jurídica opera-se **pro et contra** o cidadão e a Administração Pública.

Esposando o entendimento acima delineado, afirmou **Eurico Marcos Diniz de Santi** que:

“A máquina do tempo instalada no interior do direito não permite que seu operador navegue para o passado que quiser, o passado do direito é repleto de cavidades obstruídas pelo fluir do tempo que se tornam inacessíveis pelo próprio direito. Quando tomado como fato jurídico, o tempo cristaliza a trajetória de positivação no presente e consolida juridicamente o passado.

No Direito Tributário, a segurança jurídica garante a consolidação do passado impondo ao Legislativo, que produz as leis, o limite da irretroatividade da lei; ao Executivo, que produz atos administrativos, o limite da decadência e ao Judiciário, que produz sentenças e acórdãos, o limite da prescrição. A segurança jurídica, portanto, promove a legalidade, garantindo o passado da lei, sem deixar de assumir a trajetória da lei no presente e os seus efeitos, ainda que no futuro essa lei deixe de ser lei.

Como ensina **Geraldo Ataliba**, os efeitos garantidos pela segurança jurídica são a coisa julgada não sujeita a recurso ou ação rescisória; o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. Assim também entende **Ricardo Lobo Torres**, quando diz que: ‘a invalidade da lei declarada genericamente opera de imediato, anulando o presente os efeitos dos atos praticados no passado, salvo com relação à coisa julgada, ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido ou, o que é a mesma coisa, opera **ex tunc** relativamente a certos atos como, por exemplo, a sentença penal; no campo tributário, especificamente, isso significa que a declaração de inconstitucionalidade não atingirá a coisa julgada, o lançamento definitivo, os créditos prescritos (...)’.

Por isso, o controle da legalidade não é absoluto, exige o respeito do presente em que a lei foi vigente. Daí surgem os prazos judiciais garantindo a coisa julgada, e a decadência e a prescrição cristalizando o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

(...)

Como a ADIn é imprescritível, todas as ações que tiverem por objeto direitos subjetivos decorrentes de lei cuja constitucionalidade ainda não foi apreciada, ficariam sujeitas à reabertura do prazo de prescrição, por tempo indefinido. Assim, disseminaria-se a imprescritibilidade no direito, tornando os direitos subjetivos instáveis até que a constitucionalidade da lei seja objeto de controle pelo STF. Ocorre que, se a decadência e a prescrição perdessem o

seu efeito operante diante do controle direto de constitucionalidade, então todos os direitos subjetivos tornar-se-iam imprescritíveis.

A decadência e a prescrição rompem o processo de positivação do direito, determinando a imutabilidade dos direitos subjetivos protegidos pelos seus efeitos, estabilizando as relações jurídicas, independentemente de ulterior controle de constitucionalidade da lei.

O acórdão em ADIn que declarar a inconstitucionalidade da lei tributária serve de fundamento para configurar juridicamente o conceito de pagamento indevido, proporcionando a repetição do débito do Fisco somente se pleiteada tempestivamente em face dos prazos de decadência e prescrição: a decisão em controle direto não tem o efeito de reabrir os prazos de decadência e prescrição.

Descabe, portanto, justificar que, com o trânsito em julgado do acórdão do STF, a reabertura do prazo de prescrição se dá em razão do princípio da **actio nata**. Trata-se de repetição de princípio: significa sobrepor como premissa a conclusão que se pretende. O acórdão em ADIn não faz surgir novo direito de ação ainda não desconstituído pela ação do tempo no direito.

Respeitados os limites do controle da constitucionalidade e da imprescritibilidade da ADIn, os prazos de prescrição do direito do contribuinte ao débito do Fisco permanecem regulados pelas três regras que construímos a partir dos dispositivos do CTN." ("Decadência e Prescrição no Direito Tributário". São Paulo, Editora Max Limonad, 2000, pp. 271/277)

Assim, o termo **a quo** da prescrição é a declaração de inconstitucionalidade **erga omnes**, desde que o prazo de prescrição, pelas regras gerais do CTN, não se tenha consumado.

In casu, a recorrente ajuizou a ação em 27.09.2000, pretendendo o ressarcimento de valores recolhidos em 1989, o que, nos termos dos arts. 168, I, e 150, § 4º, do CTN, revela inequívoca a ocorrência da prescrição, porquanto tributo sujeito à homologação, cuja prescrição opera-se 5 (cinco) anos após expirado o prazo para aquela atividade tácita.

Diante do exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa parte, nego-lhe provimento.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Paulo Medina: Metalúrgica Açoreal Ltda impetrou mandado de segurança preventivo, objetivando declarar de seu direito à compensação de valores recolhidos a título de contribuição previdenciária sobre a folha de salários, nas

competências de setembro e de outubro de 1989, face à inconstitucionalidade da majoração de alíquota promovida à época.

A ação mandamental foi julgada improcedente, no primeiro grau de jurisdição, sob o entendimento de que “decaiu a impetrante do direito de pleitear a restituição da exação guerreada, porquanto decorridos mais de dez anos da ocorrência do fato gerador, incidindo o disposto no art. 168, I, do Código Tributário Nacional, combinado com o art. 150, § 4º, do mesmo diploma legal”. (Fl. 108)

Interposto o recurso apelatório, a Corte da 4ª Região proferiu v. aresto que se ementou nestes termos:

“Tributário. Contribuição previdenciária. Incidência sobre o **pro labore**. Administradores autônomos e avulsos. Lei n. 7.787. Competências 09/1989 e 10/1989. Prejudicial de mérito. Prescrição. Ocorrência.

1. Ajuizada ação em 27.09.2000, pleiteando repetição de indébito de **pro labore**, há perda do direito ao ressarcimento das parcelas pagas antes de 27.09.1990, sobre as quais aquelas perseguidas nesta demanda concernente às competências ns. 09/1989 e 10/1989. Inteligência dos artigos 150, § 4º, 156-VII, 165-I, todos do CTN face o **pro labore** sujeitar-se ao regime do lançamento por homologação.

2. Apelação improvida.”

Dá o manifestar do recurso especial vertente, com esteio nas alíneas **a** e **c** do permissivo em que sustenta a recorrente “não ser razoável nem jurídico exigir que o sujeito passivo suponha a inconstitucionalidade da lei, de forma a ingressar com pedido de restituição tão logo efetue o pagamento do tributo. A presunção de constitucionalidade milita justamente em sentido contrário. Enquanto não declarada com eficácia **erga omnes**, a nulidade do ato normativo, outra conduta não deve esperar-se do contribuinte do que se conformar com o pagamento realizado”. (Fl. 164)

Ressalta, ainda, que a orientação defendida “encontra respaldo em diversas decisões deste egrégio Superior Tribunal de Justiça, que, nominando de ‘prescrição do direito de ação’, estabelecem o prazo de cinco anos, contados da declaração de inconstitucionalidade, para o contribuinte propor demanda destinada à recuperação do indébito tributário”. (Fls. 165/166)

Os autos foram distribuídos ao eminente Ministro Luiz Fux que propôs a seguinte solução à controvérsia: “Tratando-se de declaração de inconstitucionalidade **incidenter tantum** e **inter partes**, posto não editada resolução do Senado, aplica-se à ação de repetição os termos dos arts. 168, I, e 150, § 4º, do CTN, quanto ao prazo prescricional da ação para ver reconhecido o direito de a recorrente obter autorização para repetir ou compensar valores recolhidos a título de contribuição

previdenciária incidente sobre a folha de salários nas competências de setembro e outubro de 1989, tendo em vista a majoração das alíquotas pela Lei n. 7.787/1989.”

Em razão da profundidade dos argumentos relevados pelo ilustre Ministro-Relator, pedi vista dos autos, para melhor exame da questão controvertida.

Sendo esta a narração que se faz suficiente e imprescindível, passo a votar.

Utilizou o eminente Luiz Fux, como razão de decidir, raciocínio que se pode bem resumir pela transcrição de alguns trechos de seu voto:

“se a declaração de inconstitucionalidade no controle difuso apenas tem efeitos **inter partes**, forçoso concluir que o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo pelo STF só pode ser considerado como termo inicial para a prescrição da ação de repetição de indébito quando efetuado no controle concentrado de constitucionalidade, ou, no caso do controle difuso, somente na hipótese de edição de resolução do Senado Federal, conferindo efeitos **erga omnes** àquela declaração (...).

No caso dos autos, como a declaração da inconstitucionalidade do inciso I do art. 3º da Lei n. 7.787/1989 se deu no julgamento do Recurso Extraordinário n. 169.740/PR (controle difuso), e não foi editada a resolução prevista no art. 52, X, da Carta Magna, em princípio assistiria razão à recorrente em afirmar que tal declaração não teria o condão de iniciar a fluência do prazo prescricional para os demais contribuintes. (...)

(...) subjaz ainda uma questão a ser analisada: tendo em vista que a ação direta de inconstitucionalidade é imprescritível (Súmula n. 360 do STF), e em face da discricionariedade do Senado Federal em editar a resolução prevista no art. 52, X, da CF/1988, ficariam as ações de repetição do indébito tributário sujeitas à reabertura do prazo prescricional por tempo indefinido?

Os que defendem esta tese sustentam: a) não haver a lei regulado a prescrição da ação para pleitear a restituição de tributo inconstitucional, uma vez que os arts. 168 e 169 do CTN não se refeririam à ação com fundamento na inconstitucionalidade da lei; b) a presunção de constitucionalidade das leis impediria a afirmação da existência do direito à restituição do indébito antes da declaração da inconstitucionalidade da lei em que se funda a cobrança do tributo.

Ora, a inconstitucionalidade da lei, no controle difuso, é **causa petendi**, e por isso o CTN a ela não se refere, mas tão-somente à ação de repetição, qualquer que seja a sua razão de ser.

Por outro lado, a presunção de constitucionalidade das leis não é absoluta. Deveras, num sistema como o brasileiro, em que se admite o controle

difuso, inúmeras são as ações em que os contribuintes pleiteiam a repetição sob a invocação **incidenter tantum** da inconstitucionalidade. Aliás, na hipótese vertente a declaração foi objeto de controle difuso em recurso extraordinário, conseqüentemente, no nosso sistema, não é necessário aguardar uma ação direta de inconstitucionalidade para repetir-se o tributo indevido.”

E conclui o nobre Relator:

“Em sendo possível discutir no controle difuso a legalidade do tributo, a declaração de inconstitucionalidade posterior e em controle concentrado não tem o condão de reabrir prazos superados. A seguir esse raciocínio, vinte anos depois de incorporado o tributo ao Erário, e satisfeitas necessidades coletivas com esses fundos, o Estado ver-se-ia instado a devolver as quantias sem que a contraprestação também ocorresse, gerando situação de enriquecimento por parte do cidadão em detrimento do Estado. Não é demais lembrar que a segurança jurídica opera-se **pro et contra** o cidadão e a Administração Pública.”

Após o necessário meditar sobre as palavras evidenciadas, não me foi possível, como síntese da dialética, concluir de igual teor daquele propugnado pelo eminente Ministro Luiz Fux.

A questão que exsurge, na hipótese, longe passa da eficácia da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei, seja no controle difuso ou no concentrado, porquanto para a resolução da controvérsia acerca da prescrição o que se eleva como primordial é o aplicar do princípio da **actio nata**.

O direito subjetivo de ação somente surge quando do conhecimento do ato que viola um direito material, consoante, inclusive, sacramentado pelo Novo Código Civil, que em seu artigo 189 dispõe: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão (...)”.

Volviendo-me à **quaestio**, em epígrafe, indelével surge o questionamento: frente ao princípio da **actio nata** há pretensão quando uma lei que, frente à hierarquização das normas se presume constitucional, é editada, aumentando a alíquota de determinado tributo?

A se consentir com uma afirmativa, estar-se-ia impondo o dever ao cidadão de se valer do Judiciário, ainda que inexistente a requerida violação a seu direito material, ou seja, mesmo ausente uma pretensão. A lei, **de per si**, não viola direito. Ela é o direito e há de ser observada sem restrições.

Na esteira desta compreensão, o brilhantismo de **Pontes de Miranda** (in “Tratado de Direito Privado” — Parte Geral, tomo VI — 1ª ed. Campinas: Bookseller,

2000) cuja lição sobre o tema não se pode deixar de assinalar com o merecido respeito:

“Se o direito e a pretensão pessoais concernem a ato negativo do devedor, enquanto não há o ato positivo, não há a pretensão nata da violação. Se concerne a ato positivo, a pretensão começa de prescrever desde que se não satisfaz a pretensão. Se o credor declarou que não exigiria antes de avisar (...), há advertência, aviso, admonição, para que não se deixe de prestar no tempo devido, e não condição. Discute-se (a), antes do aviso, já há pretensão, ou se (b) a pretensão nasce com o aviso. Em verdade, a confusão foi enorme, porque alguns entendiam, erradamente, que a ação é que prescreve, e não a pretensão. Para esses, a prescrição havia somente de começar com a violação. Para os que reputaram prescritível a pretensão, haveria de começar antes da violação o decurso do prazo prescricional. **Ulpiano**, no texto, adverte quanto ao erro de se ter como condição suspensiva o aviso. Nada está suspenso. Se estivesse, sim; ter-se-ia de entender que ainda não poderia correr o prazo. O art. 170, I e II, estabelece que não corre a prescrição pendendo condição suspensiva, ou não estando exausto o prazo. Não se trata de suspensão do decurso do prazo; trata-se de pretensão condicionada, embora já haja, de regra, crédito ou direito (...).

Se o titular do direito somente pode exigir a prestação depois do aviso, o começo do prazo da prescrição é aquele em que poderia avisar. *E.g., se, no mútuo, se estipula que há de haver aviso a cada semestre, somente quando já se poderia avisar é que se inicia o prazo prescricional. (Quando já se poderia, juridicamente, dar aviso, e não quando, faticamente, se poderia avisar). Se há aviso, sem que se satisfaça, daí começa o cômputo do prazo. (...)*”

É certo que, faticamente, considerada a existência do controle de constitucionalidade difuso, no Direito brasileiro, todas as leis podem ter sua constitucionalidade questionada. Mas, a edição da lei ou o cumprimento de seus termos jamais se revelariam em pretensão a ensejar o direito subjetivo de ação, a ponto de determinar o início do prazo prescricional. O poder do cidadão de se utilizar do Judiciário não pode ser confundido com o dever de que exerça um direito sob pena de restar acoimada uma pretensão. Este dever inexistente, quando ausente a pretensão, o que há é mera possibilidade.

Com efeito, reverenciando-se o princípio da **actio nata**, a prescrição somente tem início quando se pode exigir que seja satisfeita uma pretensão e tal, guardando direta relação com as leis, somente é observável se a norma é julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle difuso, quer em controle concentrado. Neste momento, independentemente dos efeitos da declaração, toma o

cidadão o conhecimento de que **v.g.** pagou tributo indevido, por inconstitucional, até então plenamente exigível e, por consequência, começa a correr o prazo de prescrição. Este o raciocínio que, **in casu**, se deve aplicar, em homenagem à lógica jurídica.

Quanto ao princípio da segurança jurídica, vejo-o, outrossim, de forma diversa daquela exaltada pelo ilustre Ministro Luiz Fux. A ADIn é imprescritível, à justa, porquanto há uma repulsa a que leis contra a Constituição produzam efeitos. Lembremo-nos que a Carta Magna é a grande precursora do Estado de Direito Democrático tão comemorado nesta era da contemporaneidade, ainda mais em nosso País, onde os seus ares passaram a soprar em tempo deveras recente.

Afinal, o entendimento delineado por **Eurico Marcos Diniz de Santi** e acentuado pelo eminente Ministro-Relator, que ora passo a transcrever, confesso, não me convence. Diz o doutrinador:

“Como a ADIn é imprescritível, todas as ações que tiverem por objeto direitos subjetivos decorrentes de lei cuja constitucionalidade ainda não foi apreciada, ficariam sujeitas à reabertura do prazo de prescrição, por tempo indefinido. Assim, disseminar-se-ia a imprescritibilidade do direito, tornando os direitos subjetivos instáveis até que a constitucionalidade da lei seja objeto de controle pelo STF. Ocorre que, se a decadência e a prescrição perdessem o seu efeito operante diante do controle direto de constitucionalidade, então todos os direitos subjetivos tornar-se-iam imprescritíveis”.

Tenho a impressão de que se parte do pressuposto de que todas as leis são inconstitucionais. E, caso se aceitasse a teoria de que a prescrição, quando declarada a inconstitucionalidade, somente corresse a partir deste **decisum**, “todos os direitos subjetivos tornar-se-iam imprescritíveis”.

A declaração da inconstitucionalidade é a exceção. O ordenamento não sobrevive de normas inconstitucionais. Ao reverso, a infinidade de leis válidas, em toda a sua extensão, supera aquelas maculadas desde a origem.

Assim, penso-o, a segurança jurídica fica mais afastada quando se obriga a que os cidadãos passem a recorrer ao Judiciário cada vez que uma lei é editada, para preservar um possível e futuro direito subjetivo, concernente a uma pretensão, do que, na excepcionalidade, tal exercício seja exigido, na forma mais técnica, quando tomam ciência da inconstitucionalidade da norma que os atingiu.

Acrescente-se as interessantes lições de **Marco Aurélio Greco** e **Helenilson Cunha Pontes** (in “Inconstitucionalidade da Lei Tributária — Repetição de Indébito”. São Paulo: Dialética, 2002) sobre a questão sob exame, feitas sob um ponto de vista mais pragmático:

“se a contagem do prazo de prescrição tiver por termo inicial a data do pagamento feito (inclusive pagamento antecipado nos termos do art. 150 do CTN), esta é a melhor forma para induzir os contribuintes a questionarem toda e qualquer exigência antes de completado o prazo de cinco anos. Ou seja, ela produz o efeito contrário à busca de segurança e estabilidade pois, **a priori**, tudo seria questionável e mais, deveria ser efetivamente questionado (por mais absurdo que pudesse parecer naquele momento), como medida de cautela para evitar o perecimento do seu direito de pleitear judicialmente a restituição.

Em suma, contar a prescrição a partir da data do pagamento feito (inclusive pagamento antecipado nos termos do art. 150 do CTN) é negar o valor da segurança, pois elimina a presunção de constitucionalidade da lei (que tem função estabilizadora das relações sociais e jurídicas), além de provocar desconfiança no ordenamento e induzir seu descumprimento, no sentido de que os contribuintes são levados a impugnar tudo, pois tudo precisa ser questionado para evitar a prescrição”.

Tais as razões, conheço do recurso, pela alínea **a** do permissivo constitucional, e dou-lhe provimento para afastar a prescrição, determinado o retorno dos autos ao primeiro grau, para que seja analisada toda a extensão do pedido.

Assim o faço, inclusive, em homenagem à jurisprudência consolidada neste egrégio Tribunal, há quase dez anos, iniciada pelo eminente Ministro Pádua Ribeiro, nos autos do REsp n. 44.221- 4/PR, e como reverência, pois, ao princípio da segurança jurídica.

VOTO-ANTECIPADO

O Sr. Ministro José Delgado: Sr. Presidente, se V. Ex^a. me permite, votarei antecipadamente, pois já tenho posicionamento firmado a respeito da matéria.

No caso, trata-se de ação direta de inconstitucionalidade referente ao tributo. Firmamos o entendimento de que o prazo prescricional para repetição de indébito começa a correr da data do trânsito em julgado da ação, do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, quer seja de sistema concentrado, quer seja de sistema difuso.

Ocorre que, no caso, onze anos depois de o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a inconstitucionalidade do tributo questionado, a parte ingressou com ação de repetição de indébito. A não prevalecer a tese do Sr. Ministro Luiz Fux, estaremos criando o sistema da imprescritibilidade da repetição de indébito.

Há um elemento de segurança jurídica. Admitindo que o recolhimento tivesse sido exigido pela União Federal, mesmo sem o suporte de qualquer dispositivo legal, haveria uma data prescricional a ser respeitada, que, contudo, foi com apoio a dispositivo que, na época, se presumia constitucional e que, posteriormente, foi considerado inconstitucional. Começamos a contar o prazo, de acordo com nosso entendimento jurisprudencial, da data do trânsito em julgado da decisão do Supremo Tribunal Federal. Decorreram dez anos. Aplicamos mais uma interpretação extensiva da nossa jurisprudência: cinco mais cinco. A parte ingressou com a ação no décimo primeiro ano.

Todos sabem que tenho tese de atenuação do princípio da segurança jurídica, mas apenas quando afeta a moralidade. Assim, peço vênia ao Sr. Ministro Paulo Medina para acompanhar o voto do Sr. Ministro Luiz Fux em face do princípio da segurança jurídica, que há de ser posto em evidência.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, a ementa do Sr. Ministro-Relator é extremamente esclarecedora:

“1. O sistema de controle de constitucionalidade das leis adotado no Brasil implica assentar que apenas as decisões proferidas pelo STF no controle concentrado têm efeitos **erga omnes**. Consectariamente, a declaração de inconstitucionalidade no controle difuso tem eficácia **inter partes**. Forçoso, assim, concluir que o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo pelo STF só pode ser considerado como termo inicial para a prescrição da ação de repetição do indébito quando efetuado no controle concentrado de constitucionalidade, ou, tratando-se de controle difuso, somente na hipótese de edição de resolução do Senado Federal, conferindo efeitos **erga omnes** àquela declaração (CF, art. 52, X).

2. Não obstante, a declaração de inconstitucionalidade somente tem o condão de iniciar o prazo prescricional quando, pelas regras gerais do CTN, a prescrição ainda não se tenha consumado. Considerando a tese sustentada de que a ação direta de inconstitucionalidade é imprescritível, e em face da discricionariedade do Senado Federal em editar a resolução prevista no art. 52, X, da Carta Magna, as ações de repetição do indébito tributário ficariam sujeitas à reabertura do prazo prescricional por tempo indefinido, violando o primado da segurança jurídica, e **a fortiori**, todos os direitos seriam imprescritíveis, como bem assentado em sede doutrinária:

‘Por isso, o controle da legalidade não é absoluto, exige o respeito do presente em que a lei foi vigente. Daí surgem os prazos judiciais garantindo a

coisa julgada, e a decadência e a prescrição cristalizando o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

(...)

Como a ADIn é imprescritível, todas as ações que tiverem por objeto direitos subjetivos decorrentes de lei cuja constitucionalidade ainda não foi apreciada, ficariam sujeitas à reabertura do prazo de prescrição, por tempo indefinido. Assim, disseminaria-se a imprescritibilidade no direito, tornando os direitos subjetivos instáveis até que a constitucionalidade da lei seja objeto de controle pelo STF. Ocorre que, se a decadência e a prescrição perdessem o seu efeito operante diante do controle direto de constitucionalidade, então todos os direitos subjetivos tornar-se-iam imprescritíveis.

A decadência e a prescrição rompem o processo de positivação do direito, determinando a imutabilidade dos direitos subjetivos protegidos pelos seus efeitos, estabilizando as relações jurídicas, independentemente de ulterior controle de constitucionalidade da lei.

O acórdão em ADIn que declarar a inconstitucionalidade da lei tributária serve de fundamento para configurar juridicamente o conceito de pagamento indevido, proporcionando a repetição do débito do Fisco somente se pleiteada tempestivamente em face dos prazos de decadência e prescrição: a decisão em controle direto não tem o efeito de reabrir os prazos de decadência e prescrição.

Descabe, portanto, justificar que, com o trânsito em julgado do acórdão do STF, a reabertura do prazo de prescrição se dá em razão do princípio da **actio nata**. Trata-se de repetição de princípio: significa sobrepor como premissa a conclusão que se pretende. O acórdão em ADIn não faz surgir novo direito de ação ainda não desconstituído pela ação do tempo no direito.

‘Respeitados os limites do controle da constitucionalidade e da imprescritibilidade da ADIn, os prazos de prescrição do direito do contribuinte ao débito do Fisco permanecem regulados pelas três regras que construímos a partir dos dispositivos do CTN’. (Eurico Marcos Diniz de Santi. “Decadência e Prescrição no Direito Tributário”. São Paulo, Editora Max Limonad, 2000, pp. 271/277)

3. Tratando-se de declaração de inconstitucionalidade **incidenter tantum** e **inter partes**, posto não editada resolução do Senado, aplica-se à ação de repetição os termos dos arts. 168, I, e 150, § 4º, do CTN, quanto ao prazo prescricional da ação para ver reconhecido o direito de a recorrente obter autorização para repetir ou compensar valores recolhidos a título de contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários nas competên-

cias de setembro e outubro de 1989, tendo em vista a majoração das alíquotas pela Lei n. 7.787/1989.”

Esta linha de argumentação convenceu-me. Acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, conhecendo parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negando-lhe provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 487.795 — RJ (2002/0171337-7)

Relator: Ministro Francisco Falcão
Recorrente: Colégio Pedro II
Procuradores: Sandra Sampaio Sofia e outros
Recorrido: Pedro Henrique de Salles Salerno (menor)
Representado por: Marcelo Tavares Salerno
Advogados: Sílvia Borges Ferrenho e outros

EMENTA

Direito público. Recurso especial. Transferência **ex officio**. Dependente. Servidor público militar. Instituição de ensino fundamental. Colégio Pedro II. Leis ns. 9.349/1996 e 9.536/1997. Abrangência. Ensino superior. Analogia. Impossibilidade.

I - O presente caso diz respeito a requerimento de matrícula de menor em escola de ensino fundamental, em razão de transferência **ex officio** de servidor público militar, seu genitor.

II - O disposto no art. 49 da Lei n. 9.349/1996, não se coaduna com a exegese extensiva, já que, por se tratar de regra de exceção, demanda interpretação restritiva, não havendo que se falar em aplicação analógica às instituições de ensino fundamental.

III - A regra exposta na Lei n. 9.536/1997, da mesma forma, atém-se às instituições de ensino superior, porquanto, por regulamentar o parágrafo único do art. 49 da Lei n. 9.394/1996, deve delimitar sua abrangência ao disposto neste preceito legal, sob pena de desviar de seu conteúdo teleológico.

IV - Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente e Relator

DJ de 15.03.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto pelo Colégio Pedro II, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, contra v. acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, assim ementado, **verbis**:

“Apelação e remessa necessária em mandado de segurança — Artigo 12 e parágrafo único da Lei n. 1.533/1951 — Ensino básico — Estudante dependente de pai servidor público militar removido **ex officio** e transferido de Estado — *Writ of mandamus* buscando a garantia de matrícula no CA — Lei n. 9.536/1997 que veio complementar a Lei n. 9.394/1996, que no seu artigo 49 e parágrafo único, apenas se referia à transferência para instituição de ensino superior — A Lei n. 9.536/1997 no seu artigo 1º assegurou ao servidor transferido ou a seus dependentes a matrícula em instituição educacional vinculada a qualquer sistema de ensino independente de vaga quando o seu deslocamento implicasse em mudança de domicílio — Sentença irretocável — Apelo e remessa improvidos.

I - Deve ser mantida a r. sentença que concedeu a segurança, confirmando a liminar, para que a parte impetrante representada por seu pai, efetuasse a matrícula em instituição de ensino federal.

II - Diante da obrigatoriedade do ensino básico não parece coerente que para uma mesma razão sejam aplicadas regras diferentes. Sendo o ensino básico obrigatório, não se pode proteger os estudantes do ensino superior se para se alcançar aquele patamar, deve-se primeiro cursar o ensino básico, responsável pela aptidão do cidadão para o 3º grau.

III - Assim, forte nos princípios da analogia e da isonomia deve ser utilizada nesta questão o mesmo fundamento dos casos de transferência para instituição de ensino superior.

IV- Portanto, nega-se provimento à apelação e à remessa, mantendo-se integralmente a r. sentença.” (Fl. 60)

O recorrente alega violação aos arts. 99 da Lei n. 8.112/1990, 1ª da Lei n. 9.536/1997 e 49 da Lei n. 9.349/1996, porquanto a transferência de matrícula **ex officio** deve ser feita entre instituições de ensino congêneres, não podendo ocorrer de escola municipal para federal. Aduz, ainda, que as Leis n. 9.349/1996 e n. 9.536/1997 referem-se à educação superior, não se estendendo ao ensino fundamental.

Instado, manifestou-se o douto representante do Ministério Público Federal pelo não-conhecimento do recurso especial. (Fls. 88/92)

Em mesa, para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Tenho que o presente recurso especial merece guarida.

O presente caso diz respeito a requerimento de matrícula de menor em escola de ensino fundamental, em razão de transferência **ex officio** de servidor público militar, seu genitor.

Primeiramente, cabe transcrever os dispositivos legais que tratam da matéria em discussão, quais sejam, o parágrafo único do art. 49 da Lei n. 9.394/1996 (Lei de Diretrizes Básicas da Educação) e o art. 1ª da Lei n. 9.536/1997, os quais explicitam, respectivamente, **verbis**:

“Art. 49. As instituições de educação superior aceitarão a transferência de alunos regulares, para cursos afins, na hipótese de existência de vagas, e mediante processo seletivo.

Parágrafo único. As transferências **ex officio** dar-se-ão na forma da lei.”
(...)

“Art. 1ª A transferência **ex officio** a que se refere o parágrafo único do art. 49 da Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996 parágrafo único do art. 49 da Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, será efetivada, entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, em qualquer época do ano e independente da existência de vaga, quando se tratar de servidor público federal

civil ou militar estudante, ou seu dependente estudante, se requerida em razão de comprovada remoção ou transferência de ofício, que acarrete mudança de domicílio para o município onde se situe a instituição rebedora, ou para localidade mais próxima desta.

Parágrafo único. A regra do **caput** não se aplica quando o interessado na transferência se deslocar para assumir cargo efetivo em razão de concurso público, cargo comissionado ou função de confiança.”

Do exposto no art. 49 da Lei n. 9.394/1996, subsume-se que, de seu conteúdo normativo, o legislador quis restringir sua aplicação às entidades de ensino superior, fazendo expressa referência a estas, a teor do que dispõe o Capítulo IV — Da Educação Superior.

Ademais, o referido dispositivo legal não se coaduna com a exegese extensiva, já que, por se tratar de regra de exceção, demanda interpretação restritiva, não havendo que se falar em aplicação analógica às instituições de ensino fundamental.

A regra exposta na Lei n. 9.536/1997, da mesma forma, até-se às instituições de ensino superior, porquanto, por regulamentar o parágrafo único do art. 49 da Lei n. 9.394/1996, deve delimitar sua abrangência ao disposto neste dispositivo, sob pena de desviar de seu conteúdo teleológico.

Por oportuno, cabe atestar que todos os precedentes desta Corte, sem exceção, tratam da transferência **ex officio** de servidor público ou de seu descendente, tão-somente entre instituições de ensino superior, conforme se pode deprender dos seguintes julgados, **verbis**:

“Processual Civil. Administrativo. Recurso especial. Agravo regimental. Ofensa ao art. 535, CPC. Inocorrência. Ensino superior. Militar. Transferência **ex officio**. Interesse da Administração Pública. Aplicação da Lei n. 9536/1997.

1. (...**omissis**...)

2. O militar removido **ex officio** e no interesse da Administração Pública tem direito à matrícula em estabelecimento de ensino superior público, ainda que originariamente tenha ingressado em faculdade particular, e no novo domicílio haja instituição congênere. Aplicação do artigo 1º da Lei n. 9536/1997.

3. O termo congênere aplica-se com elastério, tratando-se de funcionário público removido **ex officio**. Precedentes. (Art. 99 da Lei n. 8.112/1990). Precedentes jurisprudenciais.

4. Agravo Regimental improvido.” (AEEREsp n. 464.936/PR, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 04.08.2003, p. 234).

“Ensino superior. Militar. Transferência **ex officio**. Interesse da Administração Pública. Lei n. 9.536/1997. Cabimento.

O militar removido **ex officio** e no interesse da Administração Pública tem direito à matrícula em estabelecimento de ensino superior público, apesar de estar cursando faculdade particular, ainda que no novo domicílio exista instituição de ensino particular. Aplica-se-lhe o artigo 1º da Lei n. 9.536/1997.

Entendimento consolidado nas Turmas de Direito Público do STJ acerca do direito do Militar a uma vaga em estabelecimento de ensino superior público, sendo que o termo congênere previsto no artigo 99 da Lei n. 8.112/1990 não deve ser aplicado nas hipóteses em que o militar é transferido, restringindo-se referido artigo aos servidores públicos civis.

Agravo regimental improvido, mantendo-se o provimento ao recurso especial, reconhecendo o direito líquido e certo do agravado à matrícula junto à Universidade de Brasília, em caráter definitivo, para o curso de Pedagogia.” (AgRg no REsp n. 388.942/DF, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 09.06.2003, p. 175).

“Administrativo. Ensino superior. Transferência de matrícula. Estudante universitário. Dependência de servidor militar. Transferência **ex officio**.

1. Pacificou-se o entendimento desta Corte no sentido de que estudante universitário, dependente de servidor público federal, estadual ou municipal, removido **ex officio**, tem direito à transferência de matrícula para estabelecimento congênere, ainda que seja Universidade Federal, no mesmo local, ou mais próximo, da nova sede de serviço de seu pai ou esposo.

2. Recurso especial conhecido e provido. Decisão por maioria.” (REsp n. 404.590/DF, Relator para acórdão Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 07.04.2003, p. 262).

Tais as razões expendidas, dou provimento ao presente recurso especial.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 500.076 — PR (2003/0014382-4)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: Schulz S/A

Advogados: Celso Meira Junior e outros

Recorrida: Fazenda Nacional

Procuradores: Artur Alves da Motta e outros

EMENTA

Tributário. Recurso especial. Imposto sobre Produtos Industrializados. Creditamento do IPI decorrente da aquisição de ativo permanente. Impossibilidade.

I - Os materiais destinados ao ativo permanente da empresa não se integram no preço do produto final para efeito de tributação do IPI em operações posteriores ou anteriores ao processo de industrialização, não gerando o creditamento do tributo, diante do fenômeno da não-cumulatividade e da substituição tributária.

II - Considerando que somente há o direito de creditamento do IPI pago anteriormente quando se tratar de insumos que se incorporam ao produto final ou que são consumidos no curso do processo de industrialização, de forma imediata e integral, não há que se falar em crédito no caso em exame.

III - “A dedução do IPI pago anteriormente somente poderá ocorrer se se tratar de insumos que se incorporam ao produto final ou, não se incorporando, são consumidos no curso do processo de industrialização, de forma imediata e integral.” (REsp n. 30.398/PR, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 07.03.1994)

IV - Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente e Relator

DJ de 15.03.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Cuida-se de recurso especial interposto pela Schulz S/A, com fulcro no art. 105, III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal,

contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que restou assim ementado, **verbis**:

“Tributário. Imposto sobre Produtos Industrializados — IPI. Bens do ativo permanente.

1. O princípio da não-cumulatividade, insculpido no artigo 153, § 3º, II, da Constituição Federal, deve ser observado em todas as etapas do processo produtivo.

2. O princípio da não-cumulatividade resguarda somente as aquisições de produtos utilizados na industrialização, ou seja, efetivamente consumidos no processo produtivo, não envolvendo os produtos destinados ao ativo permanente.” (Fl. 102)

Sustenta a recorrente, além do dissídio pretoriano, a violação aos artigos 49 e 97 do CTN, posto que possível a escrituração e manutenção do crédito decorrente do IPI pago nas aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso especial.

A questão cinge-se em saber se a compra de componentes de equipamentos utilizados na fabricação de bens gera crédito de IPI para compensar no imposto devido pelas saídas de mercadorias fabricadas.

Verifico que a pretensão da recorrente não merece guarida, visto que a jurisprudência desta colenda Corte firmou o entendimento no sentido de que, só pode haver dedução do IPI pago anteriormente quando se tratar de insumos que se incorporam ao produto final ou quando, não se incorporando, são consumidos no curso do processo de industrialização de forma imediata e integral.

Sobre o assunto, destaco o REsp n. 30.398/PR, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 07.03.1994, **verbis**:

“Tributário. IPI. Princípio da não-cumulatividade. Telas e feltros. Fabricação de papel.

I - A dedução do IPI pago anteriormente somente poderá ocorrer se se trata de insumos que se incorporam ao produto final ou, não se incorporando, são consumidos no curso do processo de industrialização, de forma imediata e integral.

II - Telas e feltros empregados no processo de fabricação de papel e celulose. Inexistência do direito ao crédito do IPI”.

Esses materiais não se integram no preço do produto final para efeito de tributação do IPI em operações posteriores ou anteriores ao processo de industrialização não gerando o creditamento do tributo, diante do fenômeno da não-cumulatividade e da substituição tributária.

Trata-se de bens que, não obstante o natural desgaste advindo do seu uso, não chegam a se consumir ou integrar o produto final. São peças adquiridas para integrarem o ativo fixo da empresa e fazem parte das várias etapas do processo de industrialização, sendo que sua substituição periódica decorre da própria atividade industrial.

Considerando que somente há o direito de creditamento do IPI pago anteriormente quando se tratar de insumos que se incorporam ao produto final ou que são consumidos no curso do processo de industrialização, de forma imediata e integral, não há que se falar em crédito no caso em exame.

Diante do exposto, nego provimento ao presente recurso especial.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 513.543 — PR (2003/0050437-3)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Luís Alberto Saavedra e outros

Recorrida: Fapolpa Indústria de Polpa Ltda

Advogados: Rogério Zarattini Chebabi e outro

EMENTA

Tributário. Importação. Retenção de mercadoria como meio coercitivo para o pagamento de tributo. Impossibilidade.

1. Conforme preceitua o art. 447 do Regulamento Aduaneiro (Decreto n. 91.030/1985), o desembaraço aduaneiro deverá ser concluído em cinco dias, contados da data do registro da declaração de importação. Ultrapassado este interregno, a mercadoria deve ser entregue ao importador, independentemente do término do desembaraço e da pendência de débito tributário referente à importação.

2. A retenção de mercadorias como meio coercitivo para o pagamento de tributos é providência ilegal, rechaçada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Súmulas ns. 70, 323 e 547/STF.

3. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Humberto Gomes de Barros, José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 26 de agosto de 2003 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

Publicado no DJ de 15.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Cuida-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional, em face de acórdão prolatado pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cuja ementa restou vazada nos seguintes termos:

“Mercadoria estrangeira. Impossibilidade de retenção como meio coercitivo para pagamento de tributos.

Já tendo sido procedida a verificação das mercadorias, as diferenças porventura existentes no pagamento dos impostos em face da divergência de classificação, não justifica a apreensão das mercadorias importadas pelo impetrante, posto que o Fisco dispõe de meios próprios para cobrança de tributos.” (Fl. 165)

Aduz negativa de vigência ao art. 444 do Regulamento Aduaneiro, art. 48 do Decreto-Lei n. 37/1966 e à Instrução Normativa n. 69/1996 da SRF

Sem contra-razões, o inconformismo foi admitido na origem (despacho, fls. 184).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente impende salientar que o recurso especial não é servil à alegação de ofensa a instrução normativa.

No que pertine à alegada violação aos arts. 444 do Regulamento Aduaneiro e 48 do Decreto-Lei n. 37/1966, conheço do recurso, porquanto devidamente prequestionados esses dispositivos legais.

Trata a presente demanda de ação de mandado de segurança impetrado pela ora Recorrida visando compelir a autoridade apontada como coatora a entregar as mercadorias importadas e retidas para desembaraço aduaneiro, sob a alegação de não-adimplemento de débito tributário referente a essa importação.

Afirma a Impetrante que o prazo para ultimar o desembaraço aduaneiro foi ultrapassado, fato que autoriza a entrega da mercadoria ao importador, conforme preceitua o art. 447 do Regulamento Aduaneiro (Decreto n. 91.030/1985).

A segurança foi concedida, o que ensejou a interposição de apelação, desprovida nos termos acima transcritos.

Dispõe o art. 447 do Regulamento Aduaneiro então vigente:

“Art. 447. Eventual exigência de crédito tributário relativa a valor aduaneiro, classificação ou outros elementos do despacho deverá ser formalizada em 5 (cinco) dias úteis do término da conferência.

§ 1º (**omissis**)

§ 2º A não-observância do prazo de que trata esse artigo implicará a autorização para entrega da mercadoria antes do desembaraço, assegurados os meios de prova necessários, e sem prejuízo da posterior formalização da exigência.”

Conforme consignou o MM. Juiz singular, a declaração de importação foi registrada em 26.07.2001, iniciando-se a partir daí o prazo de 5 (cinco) dias de que trata o citado dispositivo legal. A conclusão do desembaraço aduaneiro só ocorreu em 16.08.2001, excedido, dessarte, o prazo legal.

A retenção de mercadorias como meio coercitivo para o pagamento de tributos é providência ilegal, rechaçada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Com efeito, o tema ora em debate foi pacificado pela Suprema Corte ao editar as Súmulas ns. 70, 323 e 547, **verbis**:

Súmula n. 70 — “É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para a cobrança de tributo”

Súmula n. 323 — “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagar tributos.”

Súmula n. 547 — “Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.”

Referido entendimento, sufragado pelo STJ e sumulado pelo STF, deve-se ao fato de que a Fazenda Pública, tem, como instrumento para satisfação de seus créditos a execução fiscal, pelo que veda-se-lhe qualquer outro procedimento limitativo do exercício profissional tendente a obrigar o contribuinte a satisfazer o seu débito.

Neste sentido confira-se a posição deste Sodalício:

“Processual Civil. Recurso especial. Admissibilidade. Matéria constitucional preclusa. Ausência de interposição de recurso extraordinário. Verbete Sumular n. 126 do STJ. Baixa no CNPJ. Princípio da reserva legal e da livre iniciativa. Súmulas ns. 70, 323 e 547/STF.

1. ‘É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamento constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário’ (Súmula n. 126, do STJ).

2. Fundando-se o acórdão em matéria constitucional não impugnada por meio de recurso extraordinário dirigido ao STF, imperiosa a incidência do Verbetes Sumular n. 126, desta Corte Superior.

3. Inviável a utilização de procedimento coercitivo de iniciativa do Fisco, com a finalidade de satisfazer os seus créditos tributários, que obstem o regular exercício profissional. Inteligência das Súmulas ns. 70, 323 e 547, do STF.

4. Recurso a que se nega seguimento.” (REsp n. 475.875/RS, desta relatoria, DJ de 31.03.2003)

“Processual Civil — Recurso especial — Disposições de natureza constitucional — Recurso extraordinário não interposto — Seguimento do recurso obstado — Cadastro de contribuintes — Inscrição no CNPJ — Contribuinte em débito — Instruções Normativas ns. 112/1994 e 97/1998 — Ilegalidade — Súmula n. 547/STF.

(omissis)

Não é lícito à autoridade coatora proibir o exercício das atividades profissionais pelo contribuinte que se encontra em débito. (Súmula n. 547/STF).

‘Agravo improvido’ (AgRg no Ag n. 421.470/PR, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 21.10/2002).

Sobreleva notar que os dispositivos legais invocados pela Recorrente não elidem a incidência do art. 447 do Regulamento Aduaneiro, porquanto a expiração do prazo de cinco dias, por si só, impõe a entrega da mercadoria ao importador.

Com essas considerações, *nego provimento ao recurso.*

RECURSO ESPECIAL N. 514.321 — RJ (2003/0036558-6)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Spartacus Comércio e Serviços Ltda

Advogados: Roberto Donato Barboza P. dos Reis e outros

Recorrida: Fazenda Nacional

Procuradores: Rosane Blanco Ozório Bomfiglio e outros

EMENTA

Tributário. Repetição de indébito. Tributo sujeito a lançamento por homologação declarado inconstitucional pelo STF. Compensação entre tributos de espécies distintas. Juros. Termo inicial.

1. Quanto ao termo inicial de incidência dos juros, nos casos de repetição de indébito tributário, a orientação prevalente no âmbito da Primeira Seção pode ser sintetizada da seguinte forma: (a) antes do advento da Lei n. 9.250/1995, incidia a correção monetária desde o pagamento indevido até a restituição ou compensação (Súmula n. 162/STJ), acrescida de juros de mora a partir do trânsito em julgado (Súmula n. 188/STJ), nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN; (b) após a edição da Lei n. 9.250/1995, aplica-se a taxa Selic desde o recolhimento indevido, ou, se for o caso, a partir de 1^a.01.1996, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, porque a Selic inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real.

2. À luz do quadro legislativo correspondente, e atendendo à regra geral, segundo a qual a lei aplicável à compensação é a vigente na data do encontro entre os débitos e créditos, resulta que (a) até 30.12.1991, não havia, em nosso sistema jurídico, a figura da compensação tributária; (b) de 30.12.1991 a 27.12.1996, havia autorização legal apenas para a compensação entre tributos da mesma espécie, nos termos do art. 66 da Lei n. 8.383/1991; (c) de 27.12.96 a 30.12.2002, era possível a compensação entre valores decorrentes de tributos distintos, desde que todos fossem administrados pela Secretaria da Receita Federal e que esse órgão, a requerimento do contribuinte, autorizasse previamente a compensação, consoante o estabelecido no art. 74 da Lei n. 9.430/1996; (d) a partir de 30.12.2002, com a nova redação do art. 74 da Lei n. 9.430/1996, dada pela Lei n. 10.637/2002, foi autorizada, para os tributos administrados

pela Secretaria da Receita Federal, a compensação de iniciativa do contribuinte, mediante entrega de declaração contendo as informações sobre os créditos e débitos utilizados, cujo efeito é o de extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

3. No caso concreto, tendo em vista o regime vigente à época da postulação, não há como reconhecer a legitimidade do procedimento pretendido pela autora (compensação entre valores relativos a quaisquer tributos administrados pela SRF), sendo viável apenas a compensação do PIS com o próprio PIS, ressalvado o direito da autora de proceder à compensação dos créditos na conformidade com as normas supervenientes.

4. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 06 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ de 24.05.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial (fls. 275/288) com base nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional contra acórdão do TRF da 2ª Região cuja ementa é a seguinte:

“Tributário e Constitucional — PIS — Lei Complementar n. 07/1970 — Decretos-Leis ns. 2.445 e 2.449, ambos de 1988 — inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal — Execução suspensa pelo Senado Federal — Compensação — Limites.

— Declarada a inconstitucionalidade dos Decretos-Leis ns. 2.445 e 2.449, ambos de 1988, e suspensa a execução através da Resolução n. 49, do Senado Federal, de 09.10.95, irreparável a sentença que reconheceu a inexigibilidade da majoração do PIS operada pelos mencionados decretos-leis.

— Os valores indevidamente recolhidos a maior são compensáveis apenas com débitos vencidos ou vincendos da mesma exação (art. 66 da Lei n. 8.383/1991), assegurando-se à Administração Pública a fiscalização e controle do procedimento correto da compensação.

— Devida a inclusão de expurgos de janeiro de 1989, março e abril de 1990; INPC de fevereiro a dezembro de 1991, e a partir de janeiro de 1992 pela Ufir. Sendo os juros equivalentes à taxa Selic devidos a partir de janeiro de 1996.

— Devidos os juros de mora de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado da decisão.

(omissis)

— Apelações cíveis e remessa oficial parcialmente providas. Decisão unânime.” (Fl. 269)

A autora aponta divergência jurisprudencial e ofensa aos arts. 66, **caput** e § 1^o, da Lei n. 8.383/1991 e 74 da Lei n. 9.430/1996. Pretende que (a) a compensação do indébito não seja feita apenas com parcelas relativas ao próprio PIS, mas com quaisquer tributos sob a administração da Secretaria da Receita Federal; (b) “não só a correção monetária, mas também a incidência dos juros sobre o indébito devem ser computadas desde cada recolhimento indevidamente efetuado” (fl. 280).

Em contra-razões (fls. 328/336), a União alega (a) falta de prequestionamento; (b) ausência de dissídio jurisprudencial; (c) impossibilidade de compensação do PIS com a Cofins e com a CSL; (d) impossibilidade de cumulação da taxa Selic com outros índices.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Quanto ao termo inicial de incidência dos juros, nos casos de repetição de indébito tributário, a orientação prevalente no âmbito da Primeira Seção pode ser sintetizada da seguinte forma: (a) antes do advento da Lei n. 9.250/1995, incidia a correção monetária desde o pagamento indevido até a restituição ou compensação (Súmula n. 162/STJ), acrescida de juros de mora a partir do trânsito em julgado (Súmula n. 188/STJ), nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN; (b) após a edição da Lei n. 9.250/1995, aplica-se a taxa Selic desde o recolhimento indevido, ou, se for o caso, a partir de 1^o.01.1996, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, porque a Selic inclui, a um só tempo, o índice

de inflação do período e a taxa de juros real. Assim se decidiu, entre outros, nos julgados REsp n. 524.143/MG, Primeira Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 15.09.2003; AgRg nos EDcl no REsp n. 364.035/SP, Primeira Turma, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 16.06.2003; REsp n. 462.710/PR, Segunda Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 09.06.2003; EREsp n. 267.080/SC, Primeira Seção, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10.11.2003.

Por força, contudo, do princípio da vedação da **reformatio in pejus**, é inviável a exclusão dos juros de 1% ao mês a partir do trânsito em julgado concedidos pelo acórdão, que deve, no ponto, por essa razão, ser confirmado.

2. À luz do quadro legislativo correspondente, e atendendo à regra geral segundo a qual a lei aplicável à compensação é a vigente na data do encontro entre os débitos e créditos, resulta que (a) até 30.12.1991, não havia, em nosso sistema jurídico, a figura da compensação tributária; (b) de 30.12.1991 a 27.12.1996, havia autorização legal apenas para a compensação entre tributos da mesma espécie, nos termos do art. 66 da Lei 8.383/1991; (c) de 27.12.1996 a 30.12.2002, era possível a compensação entre valores decorrentes de tributos distintos, desde que todos fossem administrados pela Secretaria da Receita Federal e que esse órgão, a requerimento do contribuinte, autorizasse previamente a compensação, consoante o estabelecido no art. 74 da Lei n. 9.430/1996; (d) a partir de 30.12.2002, com a nova redação do art. 74 da Lei n. 9.430/1996, dada pela Lei n. 10.637/2002, foi autorizada, para os tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, a compensação de iniciativa do contribuinte, mediante entrega de declaração contendo as informações sobre os créditos e débitos utilizados, cujo efeito é o de extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

O pedido formulado na inicial, datada de 07.12.1995, é para a autorização da compensação dos pagamentos indevidamente feitos ao PIS com valores relativos a “quaisquer contribuições sociais que lhe estejam ou venham a ser exigidas pela ré, especialmente o próprio PIS, a Cofins e a contribuição para o INSS” (fls. 35). Tem-se, assim, que, à época da propositura da demanda (1995), não havia autorização legal para a realização da compensação entre tributos diferentes, já que vigorava a sistemática da Lei n. 8.383/1991, cujo art. 66 assim dispunha:

“Art. 66. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a períodos subseqüentes.

§ 1º A compensação só poderá ser efetuada entre tributos e contribuições da mesma espécie.

§ 2º É facultado ao contribuinte optar pelo pedido de restituição.

§ 3º A compensação ou restituição será efetuada pelo valor do imposto ou contribuição corrigido monetariamente com base na variação da Ufir.

§ 4º O Departamento da Receita Federal e o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) expedirão as instruções necessárias ao cumprimento do disposto neste artigo.”

Sobrevieram, contudo, as modificações legislativas acima aludidas, relativas à abrangência e ao procedimento da compensação. Sobreveio também a Lei Complementar n. 104/2001, que introduziu no Código Tributário o art. 170-A, segundo o qual “é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial”. Agregou-se, com isso, novo requisito para a realização da compensação tributária: a inexistência de discussão judicial sobre os créditos a serem utilizados pelo contribuinte na compensação. Atualmente, portanto, a compensação será viável apenas após o trânsito em julgado da decisão, devendo ocorrer, de acordo com o regime previsto na Lei n. 10.637/2002, isto é, (a) por iniciativa do contribuinte, (b) entre quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, (c) mediante entrega de declaração contendo as informações sobre os créditos e débitos utilizados, cujo efeito é o de extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

3. No caso concreto, tendo em vista o regime vigente à época da postulação, não há como reconhecer a legitimidade do procedimento pretendido pela autora. Mantém-se, assim, também quanto à extensão da compensação, o acórdão do TRF, ressalvado o direito da autora de proceder à compensação dos créditos na conformidade com as normas supervenientes.

4. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 543.580 — MG (2003/0061687-8)

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Esab S/A Indústria e Comércio

Advogado: José Carlos Lopes Motta

Recorrida: Fazenda Nacional

Procuradores: Cinara Ribeiro Silva Kichel e outros

EMENTA

Processual Civil. Tributário. Cofins. Depósito. Possibilidade de efetivação até o trânsito em julgado da sentença. Decisão denegatória proferida após a prolação da sentença. Agravo de instrumento. Viabilidade.

1. Não se pode falar em violação do art. 535 do CPC se a omissão que pairava sobre o aresto proferido no agravo de instrumento foi suprida por ocasião do julgamento dos embargos de declaração.

2. Consoante entendimento jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o depósito do tributo impugnado pode ser efetuado até o trânsito em julgado da sentença.

3. Das decisões posteriores à sentença é cabível, de regra, o agravo na forma retida nos autos. Entretanto, em hipóteses excepcionais, o agravo de instrumento interposto pela parte deve ser considerado.

4. Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Relator

DJ de 15.03.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): Narram os autos que Esab S/A Indústria e Comércio impetrou mandado de segurança (fls. 14/19) objetivando recolher a Cofins de acordo com a LC n. 70/1991, ou seja, 2% sobre o faturamento, bem como compensar o que recolheu em excesso com a própria Cofins ou com o PIS.

A ação mandamental foi julgada procedente, mas a sentença não transitou em julgado, porquanto sujeita ao reexame necessário.

Formulado pedido de depósito do tributo controvertido, foi indeferido, conforme certidão de fl. 13.

Interposto agravo de instrumento contra essa decisão (fls. 02/06), foi considerado, pelo Relator, prejudicado em face de já ter sido proferida sentença nos autos do mandado de segurança (fl. 30).

Manejado agravo regimental (fls. 32/34), restou desprovido pela egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, na forma abaixo sintetizada (fl. 39):

“Processo Civil. Agravo de instrumento. Decisão denegatória de liminar em mandado de segurança. Sentença. Perda do objeto do agravo de instrumento. Agravo regimental improvido.

1. Perde o objeto o agravo de instrumento interposto contra decisão denegatória de liminar com a prolação da sentença no processo originário.

2. Agravo regimental improvido”.

Foram opostos embargos de declaração (fls. 42/43) argumentando-se omissão e contradição no acórdão, porquanto o agravo objetivava apenas ver reconhecido o direito de depósito do tributo questionado, nos moldes do art. 151, II, do CTN, e não a concessão de liminar, como consignado. Restaram rejeitados, nos seguintes termos (fl. 48):

“Processual Civil. Embargos de declaração. Agravo de instrumento. Decisão denegatória de liminar em mandado de segurança. Sentença. Perda do objeto do agravo de instrumento. Omissão e contradição. Vícios inexistentes.

Rejeitam-se os embargos de declaração ante a inexistência da alegada omissão”.

Inconformada, a empresa interpõe o presente recurso especial com fulcro no art. 105, III, **a** e **c**, da CF, alegando violação dos arts. 535 do CPC e 151, II, do CTN, assim como dissídio jurisprudencial com o RMS n. 3.586/SP

Os artigos tidos como afrontados possuem o seguinte teor:

“Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:

I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal”.

“Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

(...)

II - o depósito do seu montante integral”.

Defende, em suma, a anulação do aresto impugnado, uma vez que a Turma Julgadora teria deixado de emitir pronunciamento acerca da matéria submetida à sua apreciação, ou seja, sobre a possibilidade de ser efetuado o depósito do tributo controvertido enquanto não transitada em julgado a sentença que julgou a lide. Alternativamente, sustenta a reforma do **decisum**, tendo em vista que o depósito para fins do art. 151, II, do CTN, pode ser efetivado independentemente dos pressupostos autorizadores da cautelar ou de medida liminar na ação mandamental.

Foram ofertadas contra-razões às fls. 64/67, alegando-se a inadmissibilidade do recurso especial por ausência dos requisitos previstos no parágrafo único do art. 541 do CPC e no art. 255 do RISTJ bem como por incidência da Súmula n. 282/STF; e no mérito, a manutenção do julgado em razão de ter sido proferido em consonância com a doutrina e jurisprudência mais abalizada sobre o tema.

Exercido o Juízo de admissibilidade positivo (fl. 69), ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Delgado (Relator): De início, registro que se fazem presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, pelo que rejeito as preliminares levantadas nas contra-razões recursais.

Examino a alegada violação do art. 535 do CPC para, de pronto, rejeitá-la.

Da leitura do acórdão proferido nos embargos de declaração, verifica-se que a omissão que pairava sobre a matéria aventada no agravo de instrumento foi suprida, conforme se extrai de excerto do voto condutor do julgado: “Esclareça-se, ainda, que não se trata de negar ao contribuinte o direito de depositar os valores discutidos, entretanto a modificação de liminar denegada, ou seja, decisão interlocutória superada pela prolatação da sentença, é inviável através de agravo de instrumento” (fl. 46).

No mais, merece prosperar a pretensão recursal, pois o depósito judicial do tributo impugnado pode ser efetuado até o trânsito em julgado da sentença. Nesse sentido, o seguinte precedente:

“Recurso especial. Depósito do débito fiscal. A jurisprudência tem admitido o depósito voluntário do débito fiscal até o trânsito em julgado da causa.

Recurso especial conhecido e provido” (REsp n. 73.002/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. José de Jesus, DJ de 26.08.1996).

Como bem destacou a recorrente, o depósito não pode ser confundido com a liminar, vez que, para a concessão desta, imprescindível a presença do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**, e sua eficácia se estende até a prolação da sentença. Já o depósito, é uma faculdade que o legislador, no art. 151, II, do CTN, concede ao contribuinte de suspender a exigibilidade do crédito tributário. Assim, penso que não pode o julgador impedir o exercício dessa faculdade pelo simples fato de já ter sido proferida sentença nos autos em que o pedido foi formulado, uma vez que a matéria ainda não transitou em julgado, estando sujeita, inclusive, ao reexame necessário.

Esta Corte, conforme apontado nas razões recursais, já se manifestou sobre o tema ora discutido e na oportunidade optou por abraçar a tese supracitada, conforme se confere do resumo abaixo:

“Processo tributário. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Medida liminar. Depósito. A medida liminar e o depósito do montante controvertido do tributo, como meios de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, são institutos com pressupostos próprios: há impropriedade na decisão que defere medida liminar mediante depósito da quantia litigiosa. A medida liminar deve ser deferida se reunidos os seus requisitos; o depósito é expediente de que o contribuinte pode se valer quando a espécie não comporta a concessão de medida liminar ou quando ele quer se forrar aos efeitos juros, da multa e da correção monetária. Os efeitos de uma e de outro também diferem; se não revogada antes, a medida liminar vale até a sentença (STF — Súmula n. 405); o depósito suspende a exigibilidade do crédito tributário até acórdão irrecurável contra o contribuinte, isto é, até o trânsito em julgado. Recurso ordinário provido” (ROMS n. 3.586/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Ary Pargendler, DJ de 02.10.95).

Ademais, não se pode falar que a via utilizada pela recorrente foi inadequada para amparar o direito vindicado, haja vista que o recurso cabível contra decisão monocrática é o agravo, na forma de instrumento ou retida nos autos.

Pelos elementos trazidos a juízo, o ato judicial que indeferiu o pedido foi uma decisão, proferida após a sentença. Logo, só poderia ser impugnada através de agravo. A interposição de agravo retido seria inócua, levando-se em conta que a matéria constante do mesmo é levada ao conhecimento do Tribunal por ocasião da apelação. Como a recorrente foi vencedora no mandado de segurança, não possuía interesse para apelar. Assim, o recurso que poderia manejar para ver satisfeito o direito de depositar o tributo questionado não poderia ser outro senão o agravo de instrumento.

Esse raciocínio se mostra mais lógico ainda com a alteração promovida pela Lei n. 10.352/2001 no art. 523 do CPC, possibilitando o manejo de agravo de instrumento como forma de impugnação das decisões posteriores à sentença capazes de causarem dano de difícil ou de incerta reparação à parte.

Pensar de forma diversa significaria retirar do contribuinte o direito que a lei lhe confere de suspender o crédito tributário, impedindo-o de obter certidões negativas, o que poderia causar-lhe graves prejuízos.

Diante das razões acima delineadas, dou provimento ao recurso especial para que seja efetuado o depósito do tributo na forma pleiteada.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 550.592 - CE (2003/0086589-2)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Fazenda Nacional

Procuradores: Maria Helena Urbano Ribemboim e outros

Recorrida: Nordeste Importação e Exportação Ltda

Advogados: Vânia Stela de Carvalho e outro

EMENTA

Processual Civil. Tributário. Imposto de importação. Suspensão da exigibilidade do crédito, pela obtenção de liminar em mandado de segurança. Superveniência de sentença denegatória. Eficácia **ex tunc** da cassação da liminar. Recomposição do **status quo**. Recolhimento dos valores devidos. Correção monetária. Juros. Multa. Súmula n. 7/STJ.

1. A investigação acerca de circunstâncias de fato não afirmadas pelo acórdão recorrido não pode prescindir do revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, vedado, na via do recurso especial, pela Súmula n. 7/STJ.

2. Os efeitos da revogação de medida liminar devem ser suportados por quem a requereu, produzindo efeitos **ex tunc**, isto é, impondo à parte beneficiada pela liminar o ônus de recompor o **status quo** anterior ao deferimento da medida.

3. No caso concreto, a reconstituição do **status quo** se efetiva

pelo pagamento do tributo, pela alíquota fixada na decisão judicial, atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 24 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJ de 06.09.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de mandado de segurança visando à liberação de veículos importados, mediante o depósito em juízo do valor correspondente ao imposto devido, afastando-se, contudo, a imposição de multa e o cômputo de juros de mora, sob alegação de que a exigibilidade do crédito esteve suspensa em função da obtenção de liminar em mandado de segurança, ao final denegado. O TRF da 5ª Região confirmou a sentença concessiva da ordem, à consideração de que, nos termos do art. 63, § 2º, da Lei n. 9.430/1996, não se configura a mora do contribuinte nos casos em que obtém, antes do vencimento da obrigação, medida liminar suspensiva da exigibilidade do crédito, sendo que “o entendimento de que a revogação da medida resultaria na mora do contribuinte desde a data do vencimento original do tributo implicaria atribuir-se em mesmo tratamento tanto ao contribuinte simplesmente inadimplente quanto àquele que, cauteloso, recorreu ao Judiciário, inclusive obtendo medida liminar” (fl. 59). Foram rejeitados os embargos de declaração opostos pela ora recorrente com o intuito de obter manifestação expressa acerca da norma do art. 161 do CTN e da circunstância de não ter a autora comprovado o recolhimento do tributo no prazo estipulado no art. 63, § 2º, da Lei n. 9.430/1996, isto é, até trinta dias após a publicação do acórdão que o considerou exigível (fl. 79).

No especial, a Fazenda, com amparo na alínea a do permissivo constitucional, aponta violação aos arts. 161 do CTN e 63, § 2º, da Lei n. 9.430/1996, aduzindo

que (a) incidem juros de mora sobre o crédito não integralmente pago no vencimento, independentemente dos motivos determinantes da falta; (b) a multa moratória somente poderia ser excluída, no caso concreto, se houvesse a comprovação do recolhimento do tributo nos trinta dias seguintes ao da publicação do acórdão que o considerou devido, o que não ocorreu, sendo que o presente mandado de segurança foi impetrado mais de cinco meses após a intimação da autora daquela decisão. Pede a aplicação da Súmula n. 405/STF, com o reconhecimento da exigibilidade da multa e dos juros de mora.

Não foram apresentadas contra-razões.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Não pode ser conhecido o recurso especial quanto ao pedido relativo à multa de mora, já que a investigação sobre a alegação da recorrente de que não houve o recolhimento do tributo nos trinta dias posteriores à cessação dos efeitos da liminar suspensiva da exigibilidade do crédito — sobre a qual não se pronunciou o acórdão recorrido, mesmo após a interposição de embargos da declaração — demanda o revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, vedado, na via do recurso especial, pela orientação posta na Súmula n. 7/STJ.

2. Os efeitos da revogação de medida liminar em mandado de segurança — como, de regra, os da revogação de qualquer provimento concedido com base em juízo de cognição sumária — devem ser suportados pela parte que a requereu, produzindo efeitos **ex tunc**, isto é, impondo à parte beneficiada pela liminar o ônus de recompor o **status quo** anterior ao deferimento da medida. É essa a orientação consolidada na Súmula n. 405/STF:

“Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.”

No caso concreto, a reconstituição do **status quo** se efetiva pelo pagamento do tributo, pela alíquota fixada na decisão judicial, atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora, os quais possuem caráter compensatório, resultante da circunstância de que “visam evitar a deterioração do crédito pelo decurso do tempo, garantindo à Fazenda os frutos correspondentes ao capital retido pelo contribuinte” (Ives Gandra da Silva Martins, coord., “Comentários ao Código Tributário Nacional”, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 365), já que “se a Fazenda tivesse o dinheiro em mãos já poderia tê-lo aplicado com ganho ou quitado seus

débitos em atraso” (**Sacha Calmon Navarro Coêlho**, “Curso de Direito Tributário Brasileiro”, 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 696).

Não resta dúvida, portanto, de que são devidos a correção monetária e os juros de mora, referentes ao período compreendido entre a data em que deveria ter sido efetuado o recolhimento e aquela em que o tributo foi efetivamente pago.

Assim se decidiu no precedente da Primeira Turma cuja ementa abaixo se transcreve:

“Processual Civil e Tributário. Recurso especial. Admissibilidade. Matéria de índole constitucional. CPMF. Atraso no pagamento ao abrigo de decisão judicial. Posterior cassação. Efeitos. Correção monetária e juros de mora devidos. Multa.

1. Matéria de índole constitucional não trafega na via do recurso especial.

2. O provimento liminar, seja em sede de mandado de segurança, seja por via de antecipação de tutela, decorre sempre de um juízo provisório, passível de alteração a qualquer tempo, quer pelo próprio juiz prolator da decisão, quer pelo Tribunal ao qual encontra-se vinculado. A parte que o requer fica sujeita à sua cassação, devendo arcar com os consectários decorrentes do atraso ocasionado pelo deferimento da medida.

3. A correção monetária nada acrescenta ao valor da moeda, adaptando-a à realidade e evitando a corrosão do valor pelos efeitos da inflação. Os juros moratórios, por serem remuneratórios do capital, também são devidos ante a cassação do provimento judicial provisório.

4. Recurso especial conhecido em parte, e, nesta parte, provido” (REsp n. 503.697/MG, Ministro Luiz Fux, DJ de 29.09.2003).

3. Pelas razões expostas, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dou-lhe provimento, para determinar serem devidos os juros moratórios. É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 567.779 — RS (2003/0116724-5)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrentes: Maria Ercília das Flores e outros

Advogados: Marcelo Della Giustina e outros

Recorrida: Fazenda Nacional

Procuradores: Danilo Theml Caram e outros

EMENTA

Tributário. Recurso especial. Entidade de previdência privada. Liquidação extrajudicial. Rateio do patrimônio líquido. Imposto de renda. Incidência a partir do advento da Lei n. 9.250/1995.

I - É legal a incidência do imposto de renda a partir do advento da Lei n. 9.250/1995, pois esta não mais passou a exigir o recolhimento do imposto sobre as parcelas de contribuição aos fundos privados de complementação de aposentadoria, conseqüentemente as verbas auferidas a título de rateio do patrimônio líquido, no tocante à devolução das contribuições efetuadas a partir de 1996, constituem acréscimo patrimonial, passíveis, portanto, de tributação, conforme dicção do art. 43 do CTN.

II - “O rateio do patrimônio de entidade de previdência privada extinta, entre os respectivos participantes, não caracteriza acréscimo patrimonial de forma a legitimar o recolhimento de imposto de renda, exceto no tocante à devolução das contribuições efetuadas a partir de 1996, após o advento da Lei n. 9.250/1995, que permitiu ao contribuinte deduzi-las da base de cálculo do tributo em referência” (REsp n. 412.304/RS, Relator Ministro José Delgado, DJ de 23.09.2002, p. 248).

III - Precedentes.

IV - Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado. Custas, como de lei.

Brasília(DF), 25 de novembro de 2003 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente e Relator

Publicado no DJ de 15.03.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de recurso especial interposto por Maria Ercilia das Flores e outros, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas

a e c, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que restou ementado nestes termos, **in verbis**:

“Liquidação extrajudicial — Entidade de previdência privada — Resgate das contribuições — Não-incidência de imposto de renda.

1. Em caso de resgate de verbas de plano de previdência privada em liquidação extrajudicial, o patrimônio a ser dividido não se trata unicamente das contribuições dos empregados, mas investimentos e lucros da entidade e contribuições dos empregadores.

2. A fim de evitar bitributação, do valor total a ser recebido pelos beneficiários, há que ser descontado o **quantum** por ele vertido à época de sua contribuição que já tenha sofrido bitributação, qual seja a vigência da Lei n. 7.713/1988" (fl. 257).

Sustentam os recorrentes violação a dispositivos infraconstitucionais, bem como divergência jurisprudencial, ao argumento de que não estão auferindo renda ou proventos de qualquer natureza, quando recebem o seu quinhão, proveniente da liquidação extrajudicial da entidade de previdência privada.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Tenho que o presente recurso especial não merece guarida.

A Lei n. 9.250/1995 veio trazer novo disciplinamento às contribuições e benefícios de previdência privada. O art. 33, como parte desta nova disciplina, deve ser analisado em conjunto com os arts. 4º, V, e 8º, II, e, da mesma lei. Estes dispositivos alteraram a forma pela qual se determinava a base de cálculo do imposto de renda.

Pelo novel diploma legal, as contribuições feitas à entidade de previdência privada domiciliada no País podem ser deduzidas da base de cálculo do imposto de renda, e, por essa razão, o art. 33 da Lei n. 9.250/1995 prevê que, quando há o resgate destas contribuições, elas se sujeitam à incidência do imposto de renda.

Entretanto, antes da vigência da Lei n. 9.250/1995, com o esteio na Lei n. 7.713/1988, as contribuições destinadas ao custeio de plano de previdência privada eram consideradas para efeito de definição da base de cálculo do imposto de renda apurado no exercício de 1º.01.1989 a 31.12.1995.

Dessa forma, caso fosse aplicado o comando do art. 33 àquelas contribuições recolhidas antes da edição da Lei n. 9.250/1995, haveria evidente **bis in idem**, uma vez que elas já sofreram a incidência do imposto de renda.

Reconhecendo esta situação, o Executivo editou a Medida Provisória n. 1.459/1996, que em seu artigo 8º adotou este entendimento, **verbis**:

“Art. 8º Exclui-se da incidência do imposto de renda na fonte e na declaração de rendimentos o valor do resgate de contribuições de previdência privada, cujo ônus tenha sido da pessoa física, recebido por ocasião de seu desligamento do plano de benefícios da entidade, que corresponder às parcelas de contribuições efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995.”

Ressalte-se, que não há que se falar em isenção, uma vez que essas contribuições já foram tributadas. O recebimento do valor do referido benefício constitui apenas retorno do capital.

É legal a incidência do imposto a partir do advento da Lei n. 9.250/1995, pois esta não mais passou a exigir o recolhimento do imposto de renda sobre as parcelas de contribuição aos fundos privados de complementação de aposentadoria, conseqüentemente as verbas auferidas a título de rateio do patrimônio líquido, no tocante à devolução das contribuições efetuadas a partir de 1996, constituem acréscimo patrimonial, passíveis, portanto, de tributação, conforme dicção do art. 43 do CTN.

Sobre o assunto, confirmam-se os seguintes precedentes, **verbis**:

“Tributário. Imposto de renda. Extinção da entidade de previdência privada. Rateio entre os participantes. Recurso especial. Reexame de questão fática. Inadmissibilidade.

1. O rateio do patrimônio de entidade de previdência privada entre os seus participantes não constitui renda tributável pelo IRPF, a exceção dos valores referentes às contribuições recolhidas a partir da edição da Lei n. 9.065/1995, ou seja, 1º.01.1996, que passaram a sofrer a incidência do imposto de renda no momento do resgate das contribuições. Precedentes.

2. A matéria de fato é insuscetível de reexame em sede de recurso especial.

3. Agravo regimental desprovido” (AgRg nos EDcl no Ag n. 507.752/RS, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28.10.2003, p. 209).

“Tributário. Agravo regimental no agravo de instrumento. Fundo de previdência privada. Extinção. Rateio do patrimônio líquido. Imposto de renda. Incidência a partir do advento da lei n. 9.250/1995.

I - É legal a incidência do imposto de renda a partir do advento da Lei n. 9.250/1995, pois esta não mais passou a exigir o recolhimento do imposto sobre as parcelas de contribuição aos fundos privados de complementação de aposentadoria, conseqüentemente as verbas auferidas a título de rateio do patrimônio líquido constituem acréscimo patrimonial, passíveis, portanto, de tributação, conforme dicção do art. 43 do CTN.

II - “O rateio do patrimônio de entidade de previdência privada extinta, entre os respectivos participantes, não caracteriza acréscimo patrimonial de forma a legitimar o recolhimento de imposto de renda, exceto no tocante à devolução das contribuições efetuadas a partir de 1996, após o advento da Lei n. 9.250/1995, que permitiu ao contribuinte deduzi-las da base de cálculo do tributo em referência” (REsp n. 412.304/RS, Relator Ministro José Delgado, DJ de 23.09.2002, p. 248).

III - Agravo regimental improvido” (AgRg no Ag n. 490.510/RS, de minha relatoria, DJ de 20.10.2003, p. 193).

“Tributário. Fundo de previdência privada. Extinção. Liquidação. Rateio do patrimônio. Imposto de renda. Isenção. Exceção. Contribuições efetuadas sob a égide da Lei n. 9.250/1995. Precedentes.

1. O art. 6º da Lei n. 7.713/1988, é expresso ao determinar que ficam isentos do imposto de renda os benefícios recebidos de entidades de previdência privada, relativos ao valor correspondente às contribuições cujo ônus tenha sido do participante, desde que os rendimentos e ganhos de capital produzidos pelo patrimônio da entidade tenham sido tributados na fonte.

2. As isenções condicionadas, também conhecidas como bilaterais ou onerosas, são as que exigem uma contraprestação do benefício da isenção, ao passo que as incondicionadas ou as chamadas isenções simples não importam qualquer ônus para os beneficiários.

3. A doutrina é assente ao consolidar que a isenção condicional é aquela que exige do beneficiário uma contraprestação em troca do condicionante, constante na lei, e que a entidade de previdência privada tenha sido tributada na fonte.

4. O rateio do patrimônio de entidade de previdência privada extinta/liquidada, entre os respectivos participantes, não caracteriza acréscimo patrimonial de forma a legitimar o recolhimento de imposto de renda, exceto no tocante à devolução das contribuições efetuadas a partir de 1996, após o advento da Lei n. 9.250/1995, que permitiu ao contribuinte deduzi-las da base de cálculo do tributo em referência.

5. Precedentes desta Corte Superior.

6. Recurso parcialmente provido” (REsp n. 545.808/AL, Relator Ministro José Delgado, DJ de 13.10.2003, p. 295).

Ante o exposto, nego provimento ao presente recurso especial.

É o meu voto.

RECURSO ESPECIAL N. 567.873 — MG (2003/0151040-1)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Marineia Crosara de Resende

Advogada: Ana Paula C. de Resende

Recorrida: Fazenda Nacional

Procuradores: Daniel Azeredo Alvarenga e outros

EMENTA

Constitucional. Tributário. IPI. Isenção na compra de automóveis. Deficiente físico impossibilitado de dirigir. Ação afirmativa. Lei n. 8.989/1995 alterada pela Lei n. 10.754/2003. Princípio da retroatividade da **lex mitior**.

1. A **ratio legis** do benefício fiscal conferido aos deficientes físicos indicia que indeferir requerimento formulado com o fim de adquirir um veículo para que outrem o dirija, à míngua de condições de adaptá-lo, afronta ao fim colimado pelo legislador ao aprovar a norma visando facilitar a locomoção de pessoa portadora de deficiência física, possibilitando-lhe a aquisição de veículo para seu uso, independentemente do pagamento do IPI — Consectariamente, revela-se inaceitável privar a Recorrente de um benefício legal que coadjuva às suas razões finais a motivos humanitários, posto de sabença que os deficientes físicos enfrentam inúmeras dificuldades, tais como o preconceito, a discriminação, a comiseração exagerada, acesso ao mercado de trabalho, os obstáculos físicos, constatações que conduziram à consagração das denominadas ações afirmativas, como esta que se pretende empreender.

2. Consectário de um País que ostenta uma Carta Constitucional cujo preâmbulo promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, promessas alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, é o de que não se pode admitir sejam os direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência, relegados a um plano diverso daquele que o coloca na eminência das mais belas garantias constitucionais.

3. Essa investida legislativa no âmbito das desigualdades físicas corporifica uma das mais expressivas técnicas consubstanciadoras das denominadas “ações afirmativas”.

4. Como de sabença, as ações afirmativas, fundadas em princípios

legitimadores dos interesses humanos reabre o diálogo pós-positivista entre o Direito e a ética, tornando efetivos os princípios constitucionais da isonomia e da proteção da dignidade da pessoa humana, cânones que remontam às mais antigas Declarações Universais dos Direitos do Homem. Enfim, é a proteção da própria humanidade, centro que hoje ilumina o universo jurídico, após a tão decantada e aplaudida mudança de paradigmas do sistema jurídico, que abandonando a igualização dos direitos optou, axiologicamente, pela busca da justiça e pela pessoalização das situações consagradas na ordem jurídica.

5. Deveras, negar à pessoa portadora de deficiência física a política fiscal que consubstancia verdadeira *positive action* significa legitimar violenta afronta aos princípios da isonomia e da defesa da dignidade da pessoa humana.

6. O Estado soberano assegura por si ou por seus delegatários cumprir o postulado do acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

7. Incumbe à legislação ordinária propiciar meios que atenuem a natural carência de oportunidades dos deficientes físicos.

8. **In casu**, prepondera o princípio da proteção aos deficientes, ante os desfavores sociais de que tais pessoas são vítimas. **A fortiori**, a problemática da integração social dos deficientes deve ser examinada prioritariamente, **maxime** porque os interesses sociais mais relevantes devem prevalecer sobre os interesses econômicos menos significantes.

9. Imperioso destacar que a Lei n. 8.989/1995, com a nova redação dada pela Lei n. 10.754/2003, é mais abrangente e beneficia aquelas pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal pela Lei n. 10.690, de 16.06.2003, vedando-se, conferir-lhes na solução de seus pleitos, interpretação deveras literal que conflite com as normas gerais, obstando a salutar retroatividade da lei mais benéfica. (**Lex Mitior**).

10. O CTN, por ter **status** de Lei Complementar, não distingue os casos de aplicabilidade da lei mais benéfica ao contribuinte, o que afasta a interpretação literal do art. 1º, § 1º, da Lei n. 8.989/1995, incidindo a isenção de IPI com as alterações introduzidas pela novel Lei n. 10.754, de 31.10.2003, aos fatos futuros e pretéritos por força do princípio da retroatividade da **lex mitior** consagrado no art. 106 do CTN.

11. Deveras, o ordenamento jurídico, principalmente na era do pós-positivismo, assenta como técnica de aplicação do Direito à luz do contexto social que: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. (Art. 5º, LICC)

12. Recurso especial provido para conceder à recorrente a isenção do IPI nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei n. 8.989/1995, com a novel redação dada pela Lei n. 10.754, de 31.10.2003, na aquisição de automóvel a ser dirigido, em seu prol, por outrem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir. Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro José Delgado, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda, José Delgado (voto-vista) e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Brasília (DF), 10 de fevereiro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJ de 25.02.2004

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto por Marineia Crosara de Resende (fls. 75/97), com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal, contra acórdão proferido em sede de apelação pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado:

“Tributário. IPI. Deficiente físico. Isenção. Impossibilidade de dirigir. Lei n. 8.989/1995.

1. As isenções tributárias são interpretadas literalmente, consoante disposto no art. 111, II, do Código Tributário Nacional.

2. O art. 1º da Lei n. 8.989/1995 estabelece isenção de IPI na aquisição de veículos por portadores de deficiência que não podem dirigir automóveis comuns, não se estendendo tal medida para a compra de veículos para transporte, por terceiros, de deficientes impossibilitados de guiar.

3. Remessa oficial provida.” (Fl. 54)

Opostos embargos de declaração, restaram acolhidos em parte, consoante julgado de fls. 67/72:

“Tributário e Processo Civil. IPI. Isenção. Deficiente físico. Embargos de declaração. Normas constitucionais.

1. A interpretação literal de norma que estabelece destinatário de isenção tributária (art. 111, II, CTN) não ofende princípios genéricos de proteção constitucional e de atuação do Estado na integração do deficiente físico.

2. Não cabe ao Poder Judiciário estabelecer, a título de interpretação, novas isenções tributárias.

3. Embargos de declaração providos em parte.” (Fl. 72)

A recorrente, em sede de recurso especial, sustenta que o acórdão hostilizado violou o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, sob os argumentos, **litteris**:

“(…)

A Recorrente, na condição de portadora de deficiência física, que a torna incapaz de dirigir veículos, fez requerimentos administrativos para obter a isenção legal de IPI, concedida por razões humanitárias às pessoas portadoras de deficiência física. Contudo, seus requerimentos foram indeferidos administrativamente. Impetrou então mandado de segurança provido em Primeira Instância, com a decisão negada pelo Tribunal local, sob o fundamento que o ato da Autoridade Coatora encontraria exata moldura na legislação que rege a matéria e a isenção dos tributos pretendida somente deveria ser deferida se a Recorrente fosse apta a dirigir seu automóvel, como se infere do acórdão.

Restou, contudo, incontroverso e declarado pelo acórdão recorrido, que a Recorrente tem necessidades especiais, na medida em que é portadora de deficiência física, consubstanciada em “*atrofia muscular progressiva*”, o que a torna inapta para a condução de qualquer tipo de veículo automotor. Também incontroverso que a Recorrente, superando as dificuldades a ela impostas desde o nascimento, se graduou em Psicologia, necessitando se locomover para exercer suas atividades profissionais em Uberlândia-MG e outras localidades.

De sua feita, público e notório que o Brasil, inobstante comando constitucional neste sentido e apesar de esforços localizados, no sentido de minimizar as diferenças, não conta com meios de transporte coletivo adaptados aos portadores de necessidades especiais.

Face tais elementos, a Recorrente, via de ação mandamental, pleiteou a anulação do ato da lavra do Chefe da Receita Federal, de Uberlândia, que

indeferiu seu requerimento administrativo de isenção do IPI, no intuito de propiciar à Recorrente a aquisição de seu veículo próprio, com até 127 HP de potência, com isenção do mencionado tributo, tendo sido deferido em 1ª instância e em recurso de ofício, alterada a decisão.

(omissis)

A decisão recorrida, vulnerando o mais basilar dos princípios da hermenêutica, e mais, refutando os fins sociais da lei, assim como as exigências do bem comum, propugnou no sentido de que, a pessoas que têm maiores limitações físicas (a Recorrente não consegue sequer dirigir) é privada de benefícios legais concedidos a outras pessoas de um mesmo grupo com limitações menos severas (motoristas com deficiência física).

Portanto, conferir o benefício da isenção à Recorrente, portadora de deficiência física, definitivamente inapta para conduzir veículos e dependente do auxílio alheio, não se trata de aplicar interpretação extensiva ao preceito legal, mas, ao revés, atender seu fim essencial de garantir aos portadores de deficiência a integração social que lhes permita o pleno desenvolvimento de suas aptidões e personalidade.

Manifesta-se claro o desrespeito aos mais singulares princípios da isonomia, quando a Turma recursal fecha os olhos para a realidade concreta do mundo e, em especial da Recorrente, tratando desigualmente os iguais.

Dessa forma, sob as luzes do artigo 5º da LICC, reconhecer o benefício da isenção às pessoas portadoras de deficiência física em condição de maior gravidade, totalmente inaptas para dirigir e dependentes da colaboração de terceiros, consiste apenas em conferir à norma sua finalidade essencial, tendo o acórdão recorrido vulnerado a mais singela regra da hermenêutica.

(omissis)” (fls. 77/79)

A Fazenda Nacional, em contra-razões, pugna, preliminarmente, pelo não conhecimento do recurso pela alínea c, da Constituição Federal, uma vez que a divergência não restou demonstrada nos moldes exigidos pelo RISTJ. No mérito, pugna pela manutenção da decisão hostilizada, sob o fundamento de que a isenção concedida pelo art. 1º da Lei n. 8.989/1995 somente se aplica àqueles deficientes físicos que, privados de dirigir automóveis comuns, possam dirigir automóveis adaptados à sua deficiência física.

Sustenta, ainda, que:

“(…) a intenção do legislador não foi a de apenas facilitar a aquisição de veículos por pessoas portadoras de deficiência física, mas compensar para o comprador os custos para a adaptação do veículo à sua incapacidade física.

Desse modo, a lei previu a isenção para as pessoas portadoras de deficiência física que fosse efetivamente dirigir o veículo.

Se não fosse assim, estaria a lei dando margem à fraude, porque possibilitaria a qualquer deficiente físico, ainda que incapaz de dirigir o seu próprio veículo, a aquisição de veículo, sem o pagamento do referido imposto, para a utilização por outra pessoa.

Portanto, o que a lei estipula é a isenção para que o próprio deficiente físico adquira e utilize o seu próprio automóvel, minorando-lhe os gastos com a adaptação do veículo.

(omissis)

De fato a isenção é concedida ao deficiente físico em razão do objeto adquirido, qual seja o automóvel adaptado ou a adaptar; a norma de isenção não incide pela simples circunstância subjetiva de ser o comprador deficiente físico.

(omissis)

Ademais, como fartamente demonstrado acima, a literalidade do art. 1º, IV, da Lei n. 8.989/1995 estipula que a isenção do IPI é aplicável apenas no caso de aquisição de veículo por pessoa portadora de deficiência física, que possa dirigir automóvel adaptado. (...)” (Fls. 133/135)

Assinale-se que, originariamente, Marineia Crossara de Resende impetrou **mandamus** no qual noticiou ser portadora de deficiência física, tendo sido considerada inapta para dirigir qualquer tipo de veículo, consoante laudo médico de fl. 12, razão pela qual requereu junto à Delegacia da Receita Federal de Uberlândia a isenção do IPI, nos termos da Lei n. 8.989/1995, visando à aquisição de um veículo para sua locomoção, a ser conduzido por terceiro, uma vez que pretendia cursar o Mestrado na Unicamp e não dispunha de meios para adquirir o veículo.

O Juiz Singular concedeu a segurança, confirmando a liminar anteriormente concedida. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região deu provimento à remessa necessária para denegar a segurança, nos termos da ementa acima transcrita.

O recurso especial foi inadmitido na origem, subindo a esta Corte por força do provimento ao agravo de instrumento (fl. 156 verso).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, verifica-se que o presente recurso não merece ser admitido pela alínea **c** do permissivo constitucional, porquanto a recorrente, para comprovar o dissídio pretoriano, limitou-se a transcrever

sentenças, o que, segundo entendimento pacífico desta Corte, não é suficiente à demonstração da divergência.

Com efeito, conheço do recurso especial pela alínea **a**, do permissivo constitucional, uma vez que os dispositivos tidos por violados restaram devidamente prequestionados.

Segundo noticiam os autos, a Recorrente, portadora de deficiência física — atrofia muscular espinhal progressiva — incapaz de dirigir veículos, tendo sido aprovada para o Mestrado em Gerontologia da Universidade de Campinas — Unicamp que impõe seu deslocamento semanal de Uberlândia para Campinas, por isso que requereu ao Delegado da Receita Federal em Uberlândia — MG a concessão do benefício de isenção do IPI (art. 1º da Lei n. 8.989/1995).

Contudo, seu requerimento foi indeferido administrativamente (fls. 04/05) levando-a à impetração de **mandamus** perante a 2ª Vara Federal de Uberlândia — Seção Judiciária de Minas Gerais, que concedeu a segurança, confirmando a liminar anteriormente deferida.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em sede de remessa necessária, denegou a segurança, sob o fundamento, **litteris**:

“O art. 1º da Lei n. 8.989/1995 estabelece isenção de IPI na aquisição de veículos por portadores de deficiência que não podem dirigir automóveis comuns, não se estendendo tal medida para a compra de veículos para transporte, por terceiros, de deficientes impossibilitados de guiar.”

A Lei n. 8.989/1995, que regula a isenção do IPI na aquisição de automóveis aos portadores de deficiência física, assim dispunha:

“Art. 1º Ficam isentos do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) os automóveis de passageiros de fabricação de até 127 HP de potência bruta (SAE) quando adquiridos por:

(...)

IV - Pessoas que, em razão de serem portadoras de deficiência não podem dirigir automóveis comuns.”

Atualmente a Lei n. 8.989/1995, com a novel redação dada pela Lei n. 10.754 de 31.10.2003, prevê:

“Art. 1º Ficam isentos do Imposto Sobre Produtos Industrializados — IPI os automóveis de passageiros de fabricação nacional, equipados com motor de cilindrada não superior a dois mil centímetros cúbicos, de no mínimo quatro portas inclusive a de acesso ao bagageiro, movidos a combustíveis de

origem renovável ou sistema reversível de combustão, quando adquiridos por:
(Redação dada pela Lei n. 10.690, de 16.06.2003)

(...)

IV - pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal;

(...)

§ 1^a Para a concessão do benefício previsto no art. 1^a é considerada também pessoa portadora de deficiência física aquela que apresenta alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções. (Incluído pela Lei n. 10.690, de 16.06.2003) (grifo nosso)

(...)"

(Redação dada pela Lei n. 10.690, de 16.06.2003)

Deveras, o ordenamento jurídico, principalmente na era do pós-positivismo, assenta como técnica de aplicação do Direito à luz do contexto social que:

“Art. 5^a Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Sob essa ótica, a **ratio legis** do benefício fiscal conferido aos deficientes físicos indicia que indeferir requerimento formulado com o fim de adquirir um veículo para que outrem o dirija, à míngua de condições de adaptá-lo, afronta ao fim colimado pelo legislador ao aprovar a norma visando facilitar a locomoção de pessoa portadora de deficiência física, possibilitando-lhe a aquisição de veículo para seu uso, independentemente do pagamento do IPI — Consectariamente, revela-se inaceitável privar a Recorrente de um benefício legal que coadjuva às duas razões finais a motivos humanitários, posto de sabença que os deficientes físicos enfrentam inúmeras dificuldades, tais como o preconceito, a discriminação, a comiseração exagerada, acesso ao mercado de trabalho, os obstáculos físicos, constatações que conduziram à consagração das denominadas ações afirmativas, como esta que se pretende empreender.

A doutrina pátria calcada no princípio isonômico e sua exegese refinada orienta-se no sentido de que a legislação deve ser interpretada da maneira em que se trate de forma igualitária os iguais e desigualmente os desiguais.

Nesse sentido leciona **José Afonso da Silva**, in “Curso de Direito Constitucional”, 21ª Edição, Malheiros Editores, 2002, pp. 214/216, **litteris**:

“(…)

4. O sentido da expressão ‘igualdade perante a lei’.

No Direito estrangeiro, faz-se distinção entre o princípio da igualdade perante a lei e o da igualdade na lei. Aquele corresponde à obrigação de aplicar as normas jurídicas gerais aos casos concretos, na conformidade com o que elas estabelecem, mesmo se delas resultar uma discriminação, o que caracteriza a isonomia puramente formal, enquanto a igualdade na lei exige que, nas normas jurídicas, não haja distinções que não sejam autorizadas pela própria Constituição. Enfim, segundo essa doutrina, a igualdade perante a lei seria uma exigência feita a todos aqueles que aplicam as normas jurídicas gerais aos casos concretos, ao passo que a igualdade na lei seria uma exigência dirigida tanto àqueles que criam as normas jurídicas gerais como àqueles que as aplicam aos casos concretos.

Entre nós, essa distinção é desnecessária, porque a doutrina como a jurisprudência já firmaram, há muito, a orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido que, no exterior, se dá à expressão igualdade na lei, ou seja: o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei. O princípio significa, para o legislador — consoante observa **Seabra Fagundes** — ‘que, ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições — os mesmos ônus e as mesmas vantagens — situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a aquinhoá-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades’. Aliás, **Francisco Campos**, com razão, sustentara mesmo que o legislador é o destinatário principal do princípio, pois se ele pudesse criar normas distintivas de pessoas, coisas ou fatos, que devessem ser tratados com igualdade, o mandamento constitucional se tornaria inteiramente inútil, concluindo que, ‘nos sistemas constitucionais do tipo do nosso não cabe dúvida quanto ao principal destinatário do princípio constitucional de igualdade perante a lei. O mandamento da Constituição se dirige particularmente ao legislador e, efetivamente, somente ele poderá ser o destinatário útil de tal mandamento. O executor da lei já está, necessariamente, obrigado a aplicá-la de acordo com os critérios constantes da própria lei. Se esta, para valer, está adstrita a se conformar ao princípio de igualdade, o critério da igualdade resultará obrigatório para o executor da lei pelo simples fato de que a lei o obriga a executá-la com fidelidade ou respeito aos critérios por ela mesma estabelecidos’.

Mas, como já vimos, o princípio não pode ser entendido em sentido individualista, que não leve em conta as diferenças entre grupos. Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual — esclarece **Petzold** — não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os ‘iguais’ podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador. Este julga, assim, como ‘essenciais’ ou ‘relevantes’, certos aspectos ou características das pessoas, das circunstâncias ou das situações nas quais essas pessoas se encontram, e funda sobre esses aspectos ou elementos as categorias estabelecidas pelas normas jurídicas; por conseqüência, as pessoas que apresentam os aspectos ‘essenciais’ previstos por essas normas são consideradas encontrar-se nas ‘situações idênticas’, ainda que possam diferir por outros aspectos ignorados ou julgados irrelevantes pelo legislador; vale dizer que as pessoas ou situações são iguais ou desiguais de modo relativo, ou seja, sob certos aspectos. Nesse sentido, já se pronunciou, também, **Seabra Fagundes**, para lembrar que os ‘conceitos de igualdade e de desigualdade são relativos, impõem a confrontação e o contraste entre duas ou várias situações, pelo que onde uma só existe não é possível indagar de tratamento igual ou discriminatório’.

Esses fundamentos são que permitem, à legislação, tutelar pessoas que se achem em posição econômica inferior, buscando realizar o princípio de igualização, como salienta **Pontes de Miranda, in verbis**: ‘A desigualdade econômica não é, de modo nenhum, desigualdade de fato, e sim a resultante, em parte, de desigualdades artificiais, ou desigualdades de fato mais desigualdades econômicas mantidas por leis. O direito que em parte as fez, pode amparar e extinguir as desigualdades econômicas que produziu. Exatamente aí é que se passa a grande transformação da época industrial, com a tendência a maior igualdade econômica, que há de começar, como já começou em alguns países, pela atenuação mais ou menos extensa das desigualdades (...)’.

Deveras, revela-se justo o critério de discrimine eleito pelo legislador para beneficiar o grupo determinado de indivíduos — portadores de deficiência física — com a isenção do IPI na aquisição de veículos destinados à sua locomoção — posto que flagrante é a diferença de situação — desvantajosa — com relação aos demais grupos de indivíduos que compõem a sociedade.

O princípio da igualdade deve ser interpretado considerando as diferenças efetivamente existentes entre indivíduos, posto que não há mais espaço para ideologia jurídica que compreenda a isonomia em termos puramente formais e abstratos.

Com efeito, a participação ativa do Estado no sentido de oferecer aos deficientes físicos melhores condições de vida compatibiliza-se perfeitamente com os Princípios do Estado Democrático de Direito, caracterizando-se pela intervenção socioeconômica visando assegurar a dignidade da pessoa humana.

No que pertine ao mérito, forçoso reconhecer que a Constituição Federal consagra a proteção aos deficientes físicos, sob a forma de outorga de garantias distintas, a fim de promover uma efetiva inserção dessas pessoas na sociedade, consoante os preceitos constitucionais, **in verbis**:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º.”

Muito embora a matéria pareça gravitar única e exclusivamente em sede constitucional, o que retiraria a competência do STJ para aferir a legitimidade da decisão recorrida no âmbito do recurso especial, a realidade é que a questão vem traçada na Lei n. 7.853/1989 que em seu art. 1º, §§ 1º e 2º; art. 2º, parágrafo único e art. 9º, **caput**, assim dispõem:

“Art. 1º Ficam estabelecidas normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências, e sua efetiva integração social, nos termos desta lei.

§ 1º Na aplicação e interpretação desta lei, serão considerados os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros, indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito.

§ 2º As normas desta lei visam garantir às pessoas portadoras de deficiência as ações governamentais necessárias ao seu cumprimento e das demais

disposições constitucionais e legais que lhes concernem, afastadas as discriminações e os preconceitos de qualquer espécie, e entendida a matéria como obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade.

Art. 2ª Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Parágrafo único. Para o fim estabelecido no **caput** deste artigo, os órgãos e entidades da Administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos desta lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas:

(omissis)

Art. 9ª A Administração Pública Federal conferirá aos assuntos relativos às pessoas portadoras de deficiência tratamento prioritário e apropriado, para que lhes seja efetivamente ensejado o pleno exercício de seus direitos individuais e sociais, bem como sua completa integração social.”

Essa investida legislativa no âmbito das desigualdades físicas corporifica uma das mais expressivas técnicas consubstanciadoras das denominadas “ações afirmativas”.

Como de sabinça, as ações afirmativas, fundadas em princípios legitimadores dos interesses humanos reaproximam o direito da ética, reabrindo o diálogo pós-positivista entre o direito e a ética, tornando efetivos os princípios constitucionais da isonomia e da proteção da dignidade da pessoa humana, cânones que remontam às mais antigas Declarações Universais dos Direitos dos Homens. Enfim, é a proteção da própria humanidade, cetro que hoje ilumina o universo jurídico, após a tão decantada e aplaudida mudança de paradigmas do sistema jurídico, que abandonando a igualização dos direitos optou, axiologicamente, pela busca da justiça e pela pessoalização das situações consagradas na ordem jurídica.

Ora, se há esse dever constitucional do Estado há direito subjetivo da pessoa portadora de deficiência física.

Destarte, sob esse ângulo, não há discricionariedade do administrador diante de direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Senão atividade vinculada, inadmitindo-se qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

Consectário de um país que ostenta uma Carta Constitucional cujo preâmbulo promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, pro-

messas alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, é o de que não se pode admitir sejam os direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência, relegados a um plano diverso daquele que o coloca na eminência das mais belas garantias constitucionais.

Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, a categorização do **thema iudicandum** é infraconstitucional reflexamente, à luz da explicitude da Lei n. 7.853/1989, mercê da inequívoca normatividade suficiente da promessa constitucional a ensinar a efetiva integração social das pessoas portadoras de deficiência física.

Consectariamente, se aos portadores de deficiência física é conferida a isenção do IPI na aquisição de automóveis, o Estado, num sentido **lato** deve desincumbir-se desse dever através da sua rede própria.

Releva notar que a Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letra morta no papel.

Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como circulares, portarias, medidas provisórias, leis ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da Nação sejam relegados a segundo plano.

Dessarte, esta Corte no exame de questão análoga manifestou-se, **litteris**:

“Constitucional e Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança coletivo. Insurgência contra ato do governador do Estado do Ceará. Sanção de lei de efeitos concretos. Transporte interurbano. Concessão de gratuidade na passagem de ônibus para deficientes físicos pobres. Inexistência de inconstitucionalidade. Ausência de direito líquido e certo ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. Direito humano e democrático, justo e legítimo, conforme os preceitos constitucionais.

1. Recurso ordinário em mandado de segurança contra acórdão que entendeu constitucional a Lei do Estado do Ceará n. 12.568/1996 que isentou os deficientes físicos do pagamento de tarifas para o uso de ônibus de empresa permissionária de serviço regular comum intermunicipal.

2. Os Estados-Membros devem obrigatoriamente seguir as linhas fundamentais do processo legislativo federal, notadamente no que concerne à iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo.

3. As leis que dispõem sobre serviços públicos, à exceção daqueles dos

Territórios, no âmbito da União, são de iniciativa concorrente. Não há qualquer vício procedimental se o processo legislativo que culminou na edição da Lei do Estado do Ceará n. 12.568/1996, foi deflagrado por iniciativa de Deputado Estadual.

4. *O tratamento diferenciado dispensado aos deficientes físicos configura princípio constitucional que procura, por meio de tratamento distinto, promover-lhes a integração na sociedade. O princípio da isonomia, ao invés de ser infringido, é prestigiado, conforme os postulados da igualdade material que atualmente consubstancia. (Grifo nosso)*

5. No sopesamento de valores, diante do caso concreto, o princípio do amparo aos deficientes físicos prevalece sobre o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, consoante os ditames da proporcionalidade.

6. A Lei Estadual n. 12.568, de 03.04.1996, prima por expressar um direito humano e democrático, justo e legítimo, conforme os preceitos constitucionais.

7. Ausência de direito líquido e certo.

8. Recurso não provido.” (RMS n. 13.084/CE, Relator Ministro José Delgado, DJ de 1^a.07.2002)

Deveras, negar à pessoa portadora de deficiência física a política fiscal que consubstancia verdadeira *positive action* significa legitimar violenta afronta aos princípios da isonomia e da defesa da dignidade da pessoa humana.

O Estado soberano assegura por si ou por seus delegatários cumprir o postulado do acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

Incumbe à legislação ordinária propiciar meios que atenuem a natural carência de oportunidades dos deficientes físicos.

Forçoso, convir, que, **in casu**, prepondera o princípio da proteção aos deficientes físicos, ante os desfavores sociais de que tais pessoas são vítimas. Consectariamente, a problemática da integração social dos deficientes deve ser examinada prioritariamente, **maxime** porque os interesses sociais mais relevantes devem prevalecer sobre os interesses econômicos menos significantes.

Mais especificamente, em relação à isenção de IPI na aquisição de veículos por pessoas portadoras de deficiência, cabe transcrever estudo do Procurador da República, **Marlon Alberto Weinchert**, in “Boletim dos Procuradores da República”, n. 29, setembro/2000, pp. 28/31, **litteris**:

“(…)

2. Do Direito

As pessoas portadoras de deficiência física ou mental têm dificuldades adicionais para a vida em sociedade, seja em função de dificuldade de locomoção (assim como os idosos), seja por potencialidades especiais, não corriqueiramente aceitas no mercado de trabalho ou no relacionamento social. Por esse motivo, são cidadãos carentes de ações positivas da sociedade e do Estado para o pleno exercício dos direitos fundamentais.

A Constituição de 1988 foi sensível a essa problemática, prescrevendo diversas normas para a promoção da inclusão desses cidadãos, notadamente mediante a previsão de conferência de tratamento especial com fins ao alcance da isonomia material.

Seja no âmbito de princípios e regras genéricas, seja através de normas específicas, a Constituição está plena de preceitos relativos à inclusão da pessoa portadora de deficiência. Por exemplo, dentre os princípios fundamentais (estruturantes) concebeu-se o Brasil como uma República fundada na dignidade da pessoa humana e constituída para a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação (art. 1º, III e 3º, III e IV).

Por outro lado, como direito fundamental, consagrou-se o princípio da isonomia material (art. 5º, **caput** e inciso I), e como direito social a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (art. 7º, XXXI).

No campo da repartição de competências materiais, consagrou-se ser atribuição comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios a proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (art. 23, II), bem como competência legislativa concorrente aos Estados e à União a edição de normas sobre proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência (art. 24, XIV).

Como manifesta ação afirmativa, o artigo 37, inciso VIII, estipulou que haverá reserva de cargos e empregos públicos às pessoas portadoras de deficiência.

Tamánhas são as dificuldades das pessoas portadoras de deficiência no Brasil, que a promoção de sua integração à vida comunitária consiste em um dos objetivos da Assistência Social (art. 203, IV). Ainda na área social, determinou-se que lhes fosse prestado atendimento educacional inclusivo — embora especializado —, e instituídos programas de assistência integral de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sen-

sorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos (art. 227, § 1º, II).

Em acréscimo, o § 2º do artigo 227 determinou que seriam editadas normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de *fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, e o artigo 244 registrou que a lei deveria cuidar também da acessibilidade aos edifícios e veículos de uso coletivo já então existentes.*

Constata-se, portanto, um nítido vetor constitucional de promoção, pelo Poder Público e pela sociedade, de ações visando à plena integração social da pessoa portadora de deficiência.

Ocorre que, infelizmente, no plano dos fatos muito pouco tem sido feito. É o que se nota, por exemplo, na questão da eliminação de barreiras no acesso ao transporte coletivo e aos prédios de uso público.

Não é necessário ser uma pessoa portadora de deficiência física para notar que a dificuldade no exercício do básico direito de ir e vir está em toda a parte (não obstante, cremos que seria uma ótima aula prática para todos — inclusive magistrados e membros do Ministério Público — passar um único dia que fosse como cadeirante, tentando ir e voltar ao trabalho em transporte público). Não há ônibus adaptados, os funcionários do transporte coletivo não são treinados, não há prédios acessíveis, as calçadas são esburacadas e, muitas vezes, com degraus...

Com efeito, conforme já tiveram oportunidade de registrar os Promotores de Justiça de São Paulo Lauro Luiz Gomes Ribeiro e Julio Cesar Botelho:

“Como pode um usuário de cadeiras de rodas sair de casa e alcançar seu trabalho, se não consegue superar obstáculos aparentemente insignificantes, como a seqüência de guias de calçadas que deverá ultrapassar do trajeto de sua casa ao emprego? E como poderá aguardar um ônibus em uma parada obrigatória, se não consegue atingir o interior do coletivo, posto que os degraus são intransponíveis para os portadores de deficiência física? E como poderá sentar-se, se os assentos reservados, por lei, aos portadores de deficiência, freqüentemente estão ocupados por usuários mal esclarecidos e desinformados?”

É justamente em face dessas dificuldades que a concessão de isenção na

aquisição de veículos privados assume não a conotação de privilégio, mas sim de ação positiva para superação de desigualdades.

Na medida em que o Poder Público falha na prestação dos serviços públicos ou na fiscalização da atuação particular no item acessibilidade à pessoa portadora de deficiência, a concessão do benefício da isenção tributária adquire relevância de política de implementação de direito social constitucionalmente previsto: inclusão da pessoa portadora de deficiência física.

No plano ideal, evidentemente, houvesse um sistema público de transporte acessível e um tratamento urbanístico de eliminação de barreiras arquitetônicas, o incentivo à aquisição de veículos particulares poderia soar como privilégio injustificado, máxime em face da desigualdade econômica que impera no País. No entanto, observada a específica realidade social desse seletivo segmento populacional, chega-se facilmente à conclusão da indispensabilidade da concessão do incentivo. O veículo minimiza a deficiência motora, permitindo que o cidadão portador de deficiência possa estudar, trabalhar, se tratar e gozar de lazer.

Dessa forma, a concessão do benefício fiscal insere-se em um pleno contexto de concretização do vetor constitucional de inclusão desses cidadãos.

E, conforme alerta **Konrad Hesse**, na interpretação constitucional...

“El intérprete tiene que poner en relación condicho [problema concreto a ser resuelto] la norma que pretende entender, si quiere determinar su contenido correcto aquí y ahora. Esta determinación, así como la ‘aplicación’ de la norma al caso concreto, constituyen un proceso único y no la aplicación sucesiva a un determinado supuesto de algo preexistente, general, en sí mismo comprensible. No existe interpretación constitucional desvinculada de los problemas concretos.”

Fixada essas premissas, fácil será perceber a inconstitucionalidade da limitação do benefício da isenção do IPI apenas aos carros movidos a álcool.

(a) Do retrocesso social vedado constitucionalmente

Como visto, a concessão da isenção do IPI reveste a natureza de concretização de direitos fundamentais e sociais consagrados na Constituição Federal.

Nesse contexto, trata-se de norma que não pode ser revogada ou substituída por outra que acarrete retrocesso na implementação do direito social.

Com efeito, embora as normas de eficácia limitada — como muitas vezes ocorre com aquelas de prescrição de direitos sociais, tidas como programáticas não possibilitem a plena implementação do direito previsto, elas no

mínimo produzem o efeito de vedar que sejam revogados comandos legais que regulamentavam o dispositivo constitucional.

É o que registra **José Afonso da Silva**, na sua clássica obra “Aplicabilidade das Normas Constitucionais:”

“... a discricionariedade do legislador diante das normas constitucionais de eficácia incompleta só se verifica quanto à iniciativa de lei integrativa; emitida esta (a preexistência a isso equivale), a questão passa a ser jurídico-constitucional, visto ter a lei aderido ao ditame da lei maior, com o que sua revogação pura e simples abre um vazio que não mais é permitido constitucionalmente; sendo, no entanto, facultado ao legislador modificar a lei, desde que mantenha seus termos na conformidade do princípio ou esquema que lhe ditou o constituinte”.

Com esse sistema, impossibilita-se que haja retrocesso na implementação de direitos sociais. É o que a doutrina denomina de princípio da proibição ao retrocesso social, assim descrito por **J. J. Gomes Canotilho**:

“A idéia, aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra-revolução social’ ou da ‘evolução reaccionária’. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A ‘proibição de retrocesso social’ nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana”. (P. 320)

(omissis)

No caso concreto, como demonstrado, não se pugna que a isenção na aquisição do IPI seja a única e melhor forma de garantir a liberdade de movimentação às pessoas portadoras de deficiência. No entanto, enquanto o Estado não adota políticas públicas de implementação desse direito, o benefício fiscal na aquisição do próprio veículo é o único paliativo posto à disposição da pessoa portadora de deficiência física para propiciar o seu básico direito de ir e vir. Dessa forma, a sua supressão, limitação ou inviabilização por norma posterior implica em indisfarçável retrocesso social.

No entanto, não bastasse caracterizar retrocesso social, a limitação da isenção aos veículos movidos a álcool representou a própria aniquilação do benefício. Isso porque as montadoras de veículos comunicam que simplesmente não fabricam veículos que preencham os requisitos elegidos pela legislação tributária para a concessão da isenção. Não há, no mercado, veículos com câmbio automático movidos a álcool e que, ainda, tenham potência de até 1600 cilindradas.

Logo, mais do que mera redução do alcance do benefício, viram-se as pessoas portadoras de deficiência física impossibilitadas de adquirirem quaisquer veículos com isenção do IPI e do ICMS.

(b) Da discriminação injustificada

Além de implicar em retrocesso social, a limitação do benefício da isenção apenas aos veículos movidos a álcool (único combustível de origem renovável disponível) acarreta discriminação das pessoas portadoras de deficiência.

Isso porque o Estado ao conceder a isenção a esse expressivo grupo da sociedade (segundo a OMS cerca de 10% da população mundial é portadora de deficiência) está reconhecendo a sua situação de desigualdade no contexto social. De fato, não existisse fundamento constitucional para a isenção e teríamos um benefício verdadeiramente odioso e, em conseqüência, inconstitucional.

Lembre-se que a isonomia tributária é corolário do princípio da igualdade perante os encargos do Estado. Isso significa que todos devem igualmente contribuir com o Estado, seja financiando a sua atuação, seja suportando os ônus decorrentes das suas atividades.

Os tributos — enquanto fonte de receita derivada do Estado — devem, portanto, ser distribuídos isonomicamente entre os cidadãos, especialmente através da universalidade e da graduação conforme a capacidade econômica.

Essa tarefa foi inicialmente cumprida pelo próprio constituinte, na medida que distribuiu os impostos entre as várias bases impositivas que expressam capacidade econômica, notadamente as rendas, o patrimônio e o consumo. Mas, como fica ao legislador complementar e ordinário a definição das hipóteses de incidência de cada um dos tributos, opera o princípio da isonomia (via vedação de tratamento arbitrário do art. 150, II, e via capacidade contributiva do art. 145, § 2º) como limitador e ao mesmo tempo orientador dessa atividade. Vale dizer, o legislador fica adstrito à igualdade-vedação de arbítrio e à igualdade-capacidade contributiva na definição das hipóteses de incidência e na instituição dos tributos.

Logo, o legislador não é livre para desigualar contribuintes com capacidades econômicas equivalentes ou igualar contribuintes com capacidades distintas, exceto quando a própria natureza do tributo não o permita (hipótese em que opera plenamente apenas a isonomia-vedação do arbítrio, mas não a isonomia-capacidade contributiva).

Ora, é justamente nesse contexto que são recebidas as isenções tributárias. A isenção, como se sabe — e indiferentemente da natureza jurídica que se lhe atribua —, implica em renúncia pelo Estado à receita de determinado tributo. Trata-se, pois, de uma exceção à regra da universalidade na tributação, corolário da igualdade.

Assim, se o benefício não encontrar sólido fundamento, que justifique adequadamente essa desigualação, o Estado estará discriminando todos os demais cidadãos.

A regra, portanto, é que a concessão de isenção só se sustenta se for fruto da ponderação de outros valores constitucionais. É o caso, por exemplo, da isenção concedida com o intuito de incentivar o desenvolvimento regional, ou, como na espécie, para propiciar a inclusão da pessoa portadora de deficiência.

Lapidar, nesse particular, a assertiva de **Ricardo Lobo Torres**:

“O Estado ofende a liberdade relativa do cidadão e o princípio da isonomia quando cria, na via legislativa, administrativa ou judicial, desigualdades fiscais infundadas, através dos privilégios odiosos ou das discriminações.”

Na nossa hipótese, justifica-se a isenção, que encontra sólidos fundamentos constitucionais. Ocorre que reconhecida a necessidade da isenção — enquanto única política concreta existente para ampliação da possibilidade de locomoção das pessoas portadoras de deficiências —, não é dado ao legislador ficar manipulando-a para atender a outros interesses incompatíveis com o seu fundamento constitucional.

Na verdade, exigir da pessoa portadora de deficiência — e só dela — que alavanque a venda de veículos a álcool é discriminar o seu direito de escolha.

Se, por imperativo da igualdade material, propicia-se o benefício fiscal na aquisição de veículos, não se pode, por ato contínuo, discriminar o beneficiário da isenção para determinar-lhe que adquira veículos de apenas determinada espécie.

A desigualação das pessoas portadoras de deficiência e demais contribuintes é dada em função da indispensabilidade do veículo para sua movimentação — e

não como um luxo —, não podendo, portanto, ser vinculada a um outro conceito que não guarda nenhuma pertinência lógica com a causa do tratamento desigual.

Note-se bem, a consideração de determinados limites de potência no veículo é até razoável, pois a pessoa portadora de deficiência precisa de um veículo, não de um carro de corrida. Há, nesse caso, pertinência lógica. No entanto, não se verifica qualquer pertinência entre a aquisição de veículos a álcool e a facilitação da locomoção das pessoas portadoras de deficiência.

Há, na verdade, lamentável e odiosa discriminação desses cidadãos, pois embora o Estado reconheça que necessitam de benefícios na aquisição de veículos para exercerem seu direito de locomoção, por outro lado exige que eles exerçam esse direito em situação de desigualdade com os demais cidadãos, que recebem o mesmo tratamento tributário na aquisição de veículos a gasolina ou a álcool.”

Ainda que assim não bastasse, a Lei n. 8.989/1995 — dispõe acerca da isenção do IPI na aquisição de automóveis aos portadores de deficiência física — sofreu significativa alteração com o advento da novel Lei n. 10.754 de 31.10.2003, é o que se observa, **verbis**:

“Art. 1ª Ficam isentos do Imposto Sobre Produtos Industrializados — IPI os automóveis de passageiros de fabricação nacional, equipados com motor de cilindrada não superior a dois mil centímetros cúbicos, de no mínimo quatro portas inclusive a de acesso ao bagageiro, movidos a combustíveis de origem renovável ou sistema reversível de combustão, quando adquiridos por: (Redação dada pela Lei n. 10.690, de 16.06.2003)

(...)

IV - pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal; (Redação dada pela Lei n. 10.690, de 16.06.2003)

(...)

§ 1ª Para a concessão do benefício previsto no art. 1ª é considerada também pessoa portadora de deficiência física aquela que apresenta alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções. (Incluído pela Lei n. 10.690, de 16.06.2003). (Grifo nosso)”

Poder-se-ia objetar a pretensão sob a invocação do princípio **tempus regit actum**. Entretanto, no que concerne ao tema, o CTN prevê a retroatividade da lei mais benéfica ao contribuinte no art. 106, admitindo-a posto mais benigna, naqueles casos não definitivamente julgados.

É que o CTN, ao disciplinar a sistemática da retroatividade da lei mais benéfica, impôs aos demais entes federativos o respeito à disposição, interditando à lei ordinária conflitar com a lei complementar, como sói ser o CTN. Nesse particular, remansosa é a jurisprudência da Corte quanto à retroatividade da **lex mitior**:

“Processual Civil e Tributário — Embargos à execução fiscal — Multa moratória mais favorável ao devedor — Aplicabilidade.

I - Nos embargos à execução fiscal, aplica-se a lei, ao ato ou fato pretérito, quando lhe cominar punibilidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática.

II - Na espécie, ainda não julgado definitivamente o feito, aplica-se a multa moratória prevista no artigo 35 da Lei n. 8.212/1991, com a nova redação dada pela Lei n. 9.528/1997 por se revelar mais benéfica ao devedor, nos termos do artigo 106, inciso II, letra **c**, do CTN.

III - Recurso improvido.” (REsp n. 331.006, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 05.11.2001)

“Tributário. Multa. Aplicação retroativa de legislação mais benéfica.

1. As multas aplicadas por infrações administrativas tributárias devem seguir o princípio da retroatividade da legislação mais benéfica vigente no momento da execução.

2. Embora o fato gerador decorrente da multa tenha ocorrido no período de 04/1994 a 11/1994, por força da interpretação a ser dada aos arts. 106, inciso II, letra **c**, em c.c. o art. 66 do CTN, deve ser aplicada à infração, no momento da execução, o art. 35 da Lei n. 8.212/1991, com a redação da Lei n. 9.528/1997, por se tratar de legislação mais benéfica.

3. Recurso improvido.” (REsp n. 266.676, Rel. Min. José Delgado, DJ de 05.03.2001)

Imperioso destacar que a Lei n. 8.989/1995, com a nova redação dada pela Lei n. 10.754/2003, é mais abrangente e beneficia aquelas pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal pela Lei n. 10.690, de 16.06.2003, vedando-se, conferir-lhes na solução de seus pleitos, interpretação deveras literal que conflite com as normas gerais, obstando a salutar retroatividade da lei mais benéfica (**Lex Mitior**).

Por outro lado, o CTN tem **status** de lei complementar, não distinguindo os casos de aplicabilidade da lei mais benéfica ao contribuinte, afastando a interpretação literal do art. 1º, § 1º, da Lei n. 8.989/1995, por isso que incide a isenção de IPI, com as alterações introduzidas pela novel Lei n. 10.754, de 31.10.2003, aos fatos futuros e pretéritos por força do princípio da retroatividade da **Lex Mitior** consagrado no art. 106 do CTN.

Considere-se, por fim que a solução que ora se propõe significa no seu resultado a proteção das cláusulas da isonomia e, notadamente da proteção da dignidade humana, que na sua essência é a proteção dos direitos humanos e da própria humanidade.

Em recente julgado no Recurso Especial n. 529.804/PR, no voto-vista sobre a imprescritibilidade do delito de tortura malferindo esse valor maior da dignidade humana, tivemos a oportunidade de enfatizar:

“Inequívoca, assim, a violação à dignidade do recorrido, posto submetido à tortura.

O professor **Almir de Oliveira**, na sua obra sobre os direitos humanos, ao analisar a dignidade da pessoa humana ao ângulo dos direitos humanos, sua proteção judicial e sua prescritibilidade, vaticina:

‘...a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclama que ‘o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo’ (Preâmbulo), e afirma no art. 1º que ‘todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos’.

(...)

Cumprido, pois avançar para além das explicações puramente naturalistas, que situam esses atributos na corporalidade do homem, se se quiser construir uma sociedade que, considerando ‘o homem acima do animal’, veja nele um ser que transcende de sua animalidade para os planos superiores do espírito para ser pessoa. Só assim compreenderemos o sentido de sua dignidade, que, sendo-lhe inerente, é inalienável, inviolável.

A dignidade da pessoa humana é um dado transcendente e suporte indispensável de qualquer organização social que afirme a existência de direitos humanos fundamentais e se disponha a torná-los efetivos e assegurados pela sociedade e pelo Estado, como um bem impostergável.

A pessoa humana é o pressuposto dos direitos humanos. Dir-se-á, com acerto, que o é de todo o Direito. Ela é o antecedente necessário, do qual os

direitos humanos são o conseqüente. Estes existem em razão dela e têm o seu fundamento na sua natureza. São-lhe inerentes. Nasceram com ela e para ela. Não foi sem razão que **Protágoras**, no século V, a.C., sentenciou que ‘o homem é a medida de todas as coisas’, as quais a ele devem subordinar-se no sentido de sua realização. Não se entenda isso como expressão de individualismo, mas, de verdadeiro humanismo, que vê o homem como expressão de um universo de seres da mesma espécie, de onde se tira o princípio — todos nascem livre e iguais em dignidade e direitos, inscrito na Declaração Universal de Direitos Humanos. Sem o reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana, esta ficará degradada e enfraquecida, à mercê dos caprichos do que **Luíz Recaséns Siches** denomina transpersonalismo, para o qual “no homem se encarnam valores somente enquanto ele é parte do Estado ou é veículo dos produtos objetivados da cultura, isto é, que o homem individual, como tal, carece de uma dignidade própria e que só é posto em questão valorativamente quando sirva de modo efetivo a fins transpessoais do Estado (glória, poder, conquista etc.) ou das obras objetivas da cultura’. A isso se opõem os direitos humanos.

Embora deva ter em boa conta o interesse coletivo e o do Estado, o Direito deve ter como objetivo principal a pessoa humana. É que, se esta não estiver na base da formação do Direito, a sociedade estará irremediavelmente sujeita a ser tratada como um rebanho de indivíduos padronizados pelo Estado plenipotente, contra o qual, fora do qual e acima do qual nada se admitirá, na fórmula concisa de Mussolini, ao definir o fascismo.

A ordem social há que ser construída com base na pessoa humana, que é a primeira realidade com que depara o Direito. Primeira realidade social, ela é a primeira realidade jurídica, pois sem ela não ocorrerá nenhum fato nem ato algum de interesse jurídico. Não vai nisto uma concepção individualista do Direito, a cujo sentido social devemos estar atentos, pois a sociedade é também uma realidade indiscutível, na qual se operam os fatos e atos jurídicos. Como ensina **Miguel Reale**: ‘Há uma tensão constante entre os valores do indivíduo e os valores da sociedade, donde a necessidade permanente de composição entre esses grupos de fatores, de maneira que venha a ser reconhecido o que toca ao indivíduo em uma ordenação progressivamente capaz de harmonizar as duas forças’.

Para os direitos humanos em particular, não se deve relegar a plano secundário à pessoa humana, primeira destinatária do Direito e de cuja preservação este se ocupa, no que lhe cabe. Sem que se tenha em conta a pessoa, a expressão — sentido social do Direito não tem nenhuma significação. Por-

que, como ensina **Legaz y Lacambra**, 'o Direito é a vida humana, que é a vida da pessoa, e com isto atingimos o dado jurídico fundamental, a realidade jurídica fundamental, que é a pessoa humana convivente.

(...)

Há, por isto, um direito absolutamente fundamental para o homem, base de todos os demais: o direito de ser reconhecido como pessoa humana.

(...)

Alicerçados, pois, numa conceituação do homem como pessoa, teremos como direitos humanos fundamentais aqueles que, inerentes a ela, não lhe podem ser negados, mas, ao contrário, lhe devem ser reconhecidos pelas outras pessoas em particular, pela sociedade em geral e pelo Estado, que lhes devem acatamento, respeito e proteção.

(...)

Constitui princípio jurídico fundamental que a todo direito corresponde uma ação que o assegure. Realizar este princípio é a tarefa do Direito Processual nos seus desdobramentos civil e comercial, penal, trabalhista e administrativo, cada um na sua esfera de aplicação específica, sempre que haja necessidade de realizar-se uma pretensão, prevenir ou repelir uma violação de direito. Para assegurar a efetividade dos direitos humanos, a Constituição brasileira oferece os seguintes institutos de Direito Processual, contidos no art. 5º, dentro do Título II — Dos Direitos e Garantias Individuais: o **habeas corpus**, contra a ameaça ou o uso da violência impeditivas do direito à liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso do poder; o mandado de segurança, para proteger direito líquido e certo não amparado por **habeas corpus** ou **habeas data**, quando a violação do direito se der por autoridade pública ou por pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; o mandado de injunção, para compelir o Estado a produzir norma regulamentadora que viabilize o exercício dos direitos e liberdades fundamentais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; o **habeas data**, para assegurar à pessoa o conhecimento de informações que, a seu respeito, constem de registros ou banco de dados de entidades governamentais, ou de caráter público, bem assim para a modificação desses dados; a ação civil pública, para a proteção do meio ambiente e de outros direitos difusos e coletivos. Além disso, a Constituição dispõe, pelo mesmo art. 5º, XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão de direito ou ameaça a direito. A disposição constitucional, aqui referida, harmoniza-se com o disposto no art. VIII da Declaração Universal de Direitos Humanos, segundo o qual 'toda pessoa tem direito a um

recurso efetivo, ante os tribunais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei'. Os arts. X e XI da mesma Declaração completam o sentido do VIII — Como se vê, temos, inscrito na Constituição brasileira, o direito ao uso de instrumentos processuais para a defesa de direitos que a mesma Constituição e as leis do País asseguram à pessoa humana, instrumentos esses representados pelos institutos de Direito Processual, aqui mencionados, que compõem o quadro dos direitos e garantias fundamentais do homem. Tem-se, por esta mostra, a relação entre os Direitos Humanos e o Direito Processual, este assegurando o exercício daqueles.

(...)

Quem muito bem explicou as características dos direitos humanos foi o jurista chileno **Hübner Gallo**. No seu entender, esses direitos caracterizam-se como:

- inatos, ou congênitos,
- universais,
- absolutos,
- necessários,
- inalienáveis,
- invioláveis,
- imprescritíveis.

Porque o homem nasce com eles, como atributos inerentes a todo ser humano, diferentemente do que ocorre com outros direitos — que são adquiridos no decorrer da existência, mediante outorga do Estado, ou ajustes interpessoais, ou prática de atos autorizados por lei, são eles inatos.

Porque se estendem a todos os seres humanos, em todo tempo e lugar, sem discriminação qualquer e em razão da unidade essencial da natureza do homem, seja qual for sua condição histórica ou geográfica, sua raça, seu sexo, sua idade, ou situação concreta na sociedade, são eles universais.

Porque seu acatamento e respeito se impõem a toda pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado, bem como à sociedade inteira, são eles absolutos.

Porque não derivam de uma eventualidade, mas exprimem um imperativo da própria natureza da pessoa humana, são eles necessários.

Porque pertencem de modo indissolúvel à essência mesma do homem, sem que possa dele separar-se, não podem ser transferidos a outrem, a qual-

quer título, diferentemente do que acontece com os direitos que podem ser objeto de transação jurídica, são inalienáveis.

Porque ninguém, nem mesmo a autoridade legalmente constituída, pode legitimamente atentar contra eles, sem prejuízo das justas limitações a que estejam sujeitos em favor do bem comum, são invioláveis.

Porque não estão sujeitos a nenhum prazo legal para serem exercidos por que são inalienáveis e necessários e são exigíveis a qualquer tempo, são imprescritíveis.” (“Curso de Direitos Humanos”. Rio de Janeiro, Forense, 2000, pp. 11/14, 58/59 e 97/98.)

Corroborando a tese da imprescritibilidade, sobressaem as doutrinas de Carlos da Rocha Guimarães e Alexandre de Moraes, respectivamente:

‘Além dos direitos cujas ações são sujeitas à prescrição e dos direitos que, por não chegarem a se constituir (decadência), não chegam a ter a possibilidade de serem exercidos por meio de uma ação, existe uma classe de direitos aos quais parte da doutrina atribui direitos de ação chamados de imprescritíveis.

Amorim Filho critica, acertadamente, essa adjetivação, quando abrangente de todas ações, pelo fato de que acaba por se aplicar também àquelas que se mostrem impotentes não por estarem prescritas, mas pela caducidade dos direitos que lhes dariam suporte (direitos potestativos).

Propõe, conseqüentemente, que se denominem tais ações de perpétuas, pois, segundo a tese que defende, e que aceitamos, a imprescritibilidade se referia somente a ações decorrentes de direitos a uma prestação ou direitos lesados, quando existem também ações decorrentes de direitos potestativos, não objeto de prescrição da ação, mas de decadência do direito, que seriam também incluídas em tal denominação, o que mostra a sua imprecisão.

Desde que se queira colocar a tônica da nomenclatura nas ações, a denominação proposta por **Amorim Filho** é, sem dúvida, mais técnica.

No entanto, não nos parece de rigor englobar, em uma única denominação (perpétua), ações insuscetíveis de prescrição e ações que constituam meio específico para o exercício de um direito a criar direito (direito potestativo).

Com efeito, no primeiro caso, já existe, como tivemos ocasião de salientar, um direito constituído, munido de conseqüente direito de ação que não prescreveria, ao passo que, no segundo caso, a ação não tem propriamente a característica de um direito (se é que alguma vez o tenha), mas de um meio de manifestação da vontade para constituir, desconstituir ou modificar um direito.

Em conseqüência, parece-nos que, a exemplo do que acontece na teoria das sentenças, e também na teoria da distinção entre prescrição e decadência, melhor será denominar as ações de acordo com a natureza dos direitos a que acedem.

Sob esse ponto de vista, as ações imprescritíveis corresponderiam a direitos constituídos de eficácia perpétua.

Reservar-se-ia a denominação da ações perpétuas para aquelas que constituíssem meios de manifestação da vontade para criar direito.

Como quer que seja, como o fundo da questão é examinar se existem direitos que gozariam do privilégio de serem munidos de eficácia perpétua, não passíveis, em conseqüência, de terem o seu direito de ação sujeito à prescrição ou de terem a manifestação de vontade, meio de seu exercício, sujeita à decadência, e, portanto, a impedimento do ingresso válido em juízo, cabe examinar em separado, com toda clareza, os dois casos, pois, na realidade, não se situam no mesmo plano dogmático.

(...)

Se, como vimos, tem cabimento continua a denominar de imprescritíveis os direitos de ação que não prescrevem, é porque são eles o meio de atuar a eficácia de direitos constituídos (direitos a uma prestação, direito de agir contra uma lesão).

Em conseqüência, tais ações só são imprescritíveis, repita-se, porque constituem o meio formal de atuação de direitos constituídos perpétuos.

Embora a expressão direitos constituídos perpétuos seja pleonástica, dado que, como vimos acima, os direitos, em geral, não perecem, a não ser quando perece o seu objeto (v. art. 77 do Cód. Civil), vale o objetivo final como um reforço do que queremos dizer.

Como regra, pois, os direitos são perpétuos, permanentes, extinguindo-se somente uma das variantes da sua eficácia, isto é, o direito de ação, quando assim previsto em lei.

Em conseqüência, formalmente, direitos perpétuos são aqueles cujo correspondente direito de ação é imprescritível.

No entanto, por que motivo algumas ações seriam prescritíveis e outras não?

Como a prescrição tem a função de limitar a eficácia dos direitos, em decorrência da não-atuação dessa eficácia pelo titular do direito (não-uso do direito de ação), é evidente que, ontologicamente, fazer-se

depende a permanência da eficácia, por tempo ilimitado, da não-previsão de um prazo de prescrição da ação, que protege esse direito, é declaração tautológica, pois à não-existência de prescrição corresponde, por definição, um direito previamente considerado como devendo ser perpétuo.

Temos, pois, de indagar, para sair desse círculo lógico, por que razão alguns direitos têm sua eficácia limitada no tempo, ao passo que outros seriam perpétuos, ou melhor, teriam eficácia permanente?

Como já tivemos ocasião de observar acima, os direitos, em princípio, têm eficácia ilimitada no tempo, não perecem, o que levaria, em princípio, a parecer incompreensível a existência da prescrição.

No entanto, o que é fato é que ela existe no direito positivo.

Para quebrar o círculo lógico, é evidente que temos de fazer o salto ontológico, isto é, buscar o fundamento pelo qual certos direitos perderiam parte de sua eficácia e outros não.

Para tanto, faz-se necessário repensar o conceito de direito.

Como bem salientou **Kelsen**, ao direito pessoal (subjetivo) corresponde um 'dever ser', uma norma individual.

Se o direito subjetivo e a correspondente obrigação têm a mesma natureza da norma (ser um dever ser), um exame da natureza desta pode levar-nos a uma melhor compreensão da natureza daqueles.

(...)

Direitos indisponíveis. Direitos fundamentais.

A razão da tal distinção é óbvia: há direitos que, embora investidos no indivíduo pela ordem jurídica, não podem ser considerados como meros direitos individuais.

Tais direitos são isso, mais são mais do que isso: são também parte integrante da estrutura básica do sistema jurídico como expressão do sistema social.

Nesse sentido, são direitos fundamentais, dado que, constituindo elemento da trama do fundamento do sistema jurídico considerado, não podem deixar de existir sem que seja atingido, ao mesmo tempo, um dos fundamentos do sistema.

Em conseqüência, ao serem atribuídos esses direitos ao indivíduo, é-lhes também atribuído um dever de preservar-lhe o objeto, sendo, nesse sentido, indisponíveis.

Tais direitos não podem ser negociados, são perpétuos, permanentes, não perdendo jamais, em princípio, a sua eficácia.

Se a perdem, é porque a própria ordem jurídica assim estabelece, em certos casos, por considerar que a quebra desse direito se justifica para proteger situações consideradas mais fundamentais.

Não se trata, pois, de direitos naturais, mas, cabe repetir, de direitos fundamentais de determinada ordem jurídica (direito positivo), pois o direito positivo é direito cujo fundamento é justamente ser **positum** (**Kelsen**); assim, põe-se, fundamenta-se pela sua própria existência, como a **posita urbs** (**Virgílio**), isto é, a cidade fundamenta.” (**Carlos da Rocha Guimarães**. Prescrição e decadência. Rio de Janeiro, Forense, 1984, pp. 169/174)

A previsão desses direitos coloca-se em elevada posição hermenêutica em relação aos demais direitos previstos no ordenamento jurídico, apresentando diversas características: imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e complementariedade:

— imprescritibilidade: os direitos humanos fundamentais não se perdem pelo decurso do prazo;

— inalienabilidade: os direitos humanos fundamentais não podem ser objeto de renúncia. Dessa característica surgem discussões importantes na doutrina e posteriormente analisadas, como a renúncia ao direito à vida e a eutanásia, o suicídio e o aborto;

— inviolabilidade: impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal;

— universalidade: a abrangência desses direitos engloba todos os indivíduos, independente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica;

— efetividade: a atuação do Poder Público deve ser no sentido de garantir a efetivação dos direitos e garantias previstos, com mecanismos coercitivos para tanto, uma vez que a Constituição Federal não se satisfaz com o simples reconhecimento abstrato;

— interdependência: as várias previsões constitucionais, apesar de autônomas, possuem diversas intersecções para atingirem suas finalidades. Assim, por exemplo, a liberdade de locomoção está intimamente ligada à garantia do **habeas corpus**, bem como previsão de prisão somente por flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente;

— complementariedade: os direitos humanos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sim de forma conjunta com a finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte.

(...)

Assim, a classificação adotada pelo legislador constituinte estabeleceu espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais:

— direitos individuais e coletivos — correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como, por exemplo: vida, dignidade, honra, liberdade.

(...)

Pimenta Bueno, analisando a Constituição do Império, apresentava-nos uma divisão tripartida dos direitos fundamentais em relação às pessoas: direitos naturais ou individuais, direitos civis e direitos políticos, para concluir afirmando que:

‘os primeiros são filhos da natureza, pertencem ao homem porque é homem, porque é um ente racional e moral, são propriedades suas e não criaturas da lei positiva, são atributos, dádivas do Criador.’” (**Alexandre de Moraes**. “Direitos Humanos Fundamentais”. São Paulo, Atlas, 2002, pp. 41/45)

Não bastasse a doutrina hodierna a sustentar a tese do aresto recorrido, socorrem-nos a jurisprudência dos nossos tribunais superiores. Assim é que o STF decidiu:

“Tortura contra criança ou adolescente — Existência jurídica desse crime no Direito Penal positivo brasileiro — Necessidade de sua repressão — Convenções internacionais subscritas pelo Brasil — Previsão típica constante do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990, art. 233) — Confirmação da constitucionalidade dessa norma de tipificação penal — Delito imputado a policiais militares — Infração penal que não se qualifica como crime militar — Competência da Justiça Comum do Estado-Membro — Pedido deferido em parte. Previsão legal do crime de tortura contra criança ou adolescente — Observância do postulado constitucional da tipicidade.

(...) ...o delito de tortura — por comportar formas múltiplas de execução — caracteriza-se pela infligência de tormentos e suplícios que exasperam, na dimensão física, moral ou psíquica em que se projetam os seus efeitos, o sofrimento da vítima por atos de desnecessária, abusiva e inaceitável crueldade. — A norma inscrita no art. 233 da Lei n. 8.069/1990, ao definir o crime de tortura contra a criança e o adolescente, ajusta-se, com extrema fidelidade, ao princípio constitucional da tipicidade dos delitos (CF, art. 5º, XXXIX). A tortu-

ra como prática inaceitável de ofensa à dignidade da pessoa. A simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, o gesto ominoso de ofensa à dignidade da pessoa humana. A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete — enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva — um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo. Necessidade de repressão à tortura — convenções internacionais. — O Brasil, ao tipificar o crime de tortura contra crianças ou adolescentes, revelou-se fiel aos compromissos que assumiu na ordem internacional, especialmente àqueles decorrentes da Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), da Convenção contra a Tortura adotada pela Assembléia Geral da ONU (1984), da Convenção Interamericana contra a Tortura concluída em Cartagena (1985) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), formulada no âmbito da OEA (1969).” (HC n. 70.389/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, Rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello, DJ de 23.06.1994)

“Prova — Realização — Defesa — Exercício. O direito de defesa confunde-se com a noção de devido processo legal, além de, preservado, atender aos reclamos decorrentes do fundamento da República Federativa do Brasil que é a dignidade da pessoa humana — artigos 1^ª e 5^ª, inciso LV, da Constituição Federal. Ambígua a situação, tal direito há de ser viabilizado à exaustão (Coqueijo Costa), óptica robustecida quando em jogo o exercício da liberdade de ir e vir.” (HC n. 80.031/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, Rel. p/ o acórdão, Min. Marco Aurélio, DJ de 16.05.2000)

Por outro lado, o STJ assentou que:

“Recurso especial. Indenização por danos morais e materiais. Prisão, tortura e morte do pai e marido das recorridas. Regime militar. Alegada prescrição. Inocorrência. Lei n. 9.140/1995. Reconhecimento oficial do falecimento, pela comissão especial de desaparecidos políticos, em 1996. **Dies a quo** para a contagem do prazo prescricional.

A Lei n. 9.140, de 04.12.1995, reabriu o prazo para investigação, e conseqüente reconhecimento de mortes decorrentes de perseguição política no período de 02 de setembro de 1961 a 05 de outubro de 1998, para possibilitar tanto os registros de óbito dessas pessoas como as indenizações para reparar

os danos causados pelo Estado às pessoas perseguidas, ou ao seu cônjuge, companheiro ou companheira, descendentes, ascendentes ou colaterais até o quarto grau.

Na hipótese em exame, o reconhecimento, pela Comissão Especial dos Desaparecidos Políticos, do falecimento, em 1973, de Jarbas Pereira Marques, pai e esposo das recorridas, deu-se com a publicação do Extrato da Ata da Terceira Sessão Ordinária realizada em 08 de fevereiro de 1996 (fl. 250), **dies a quo** para a contagem do prazo prescricional.

Com efeito, o prazo de prescrição somente tem início quando há o reconhecimento, por parte do Estado, da morte da pessoa perseguida na época do regime de exceção constitucional, momento em que seus familiares terão tomado ciência definitiva e oficial de seu falecimento por culpa do Estado.

Dessarte, ante a ausência de qualquer reconhecimento oficial pelo Estado do falecimento de Jarbas Pereira Marques até o ano de 1996, a prescrição deve ser afastada, uma vez que o ajuizamento da ação deu-se em 02 de fevereiro de 1993. *Lei n. 10.536, de 14 de agosto de 2002.*

Ainda que assim não fosse, em se tratando de lesão à integridade física, deve-se entender que esse direito é imprescritível, pois não há confundi-lo com seus efeitos patrimoniais reflexos e dependentes.

‘O dano noticiado, caso seja provado, atinge o mais consagrado direito da cidadania: o de respeito pelo Estado à vida e de respeito à dignidade humana. O delito de tortura é hediondo. A imprescritibilidade deve ser a regra quando se busca indenização por danos morais conseqüentes da sua prática’ (REsp n. 379.414/PR, Rel. Min. José Delgado, *in* DJ de 17.02.2003).

Recurso especial não conhecido.” (REsp n. 449.000/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 03.06.2003)

“Administrativo. Atividade política. Prisão e tortura. Indenização. Lei n. 9.140/1995. Inocorrência de prescrição. Reabertura de prazo.

1. Ação de danos morais em virtude de prisão e tortura por motivos políticos, tendo a r. sentença extinguido o processo, sem julgamento do mérito, pela ocorrência da prescrição, nos termos do art. 1º do Decreto n. 20.910/1932. O decisório recorrido entendeu não caracterizada a prescrição.

2. Em casos em que se postula a defesa de direitos fundamentais, indenização por danos morais decorrentes de atos de tortura por motivo político ou de qualquer outra espécie, não há que prevalecer a imposição quinquenal prescritiva.

3. O dano noticiado, caso seja provado, atinge o mais consagrado direito da cidadania: o de respeito pelo Estado à vida e de respeito à dignidade humana. O delito de tortura é hediondo. A imprescritibilidade deve ser a regra quando se busca indenização por danos morais conseqüentes da sua prática.

4. A imposição do Decreto n. 20.910/1932 é para situações de normalidade e quando não há violação a direitos fundamentais protegidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e pela Constituição Federal.

5. O art. 14 da Lei n. 9.140/1995, reabriu os prazos prescricionais no que tange às indenizações postuladas por pessoas que, embora não desaparecidas, sustentem ter participado ou ter sido acusadas de participação em atividades políticas no período de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979 e, em conseqüência, tenham sido detidas por agentes políticos.

6. Inocorrência da consumação da prescrição, em face dos ditames da Lei n. 9.140/1995. Este dispositivo legal visa reparar danos causados pelo Estado a pessoas em época de exceção democrática. Há de se consagrar, portanto, a compreensão de que o direito tem no homem a sua preocupação maior, pelo que não permite interpretação restritiva em situação de atos de tortura que atingem diretamente a integridade moral, física e dignidade do ser humano.

7. Recurso não provido. Baixa dos autos ao Juízo de Primeiro Grau.” (REsp n. 379.414/PR, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 17.02.2003)

Em suma, forçoso convir que a tortura é o mais expressivo atentado à dignidade da pessoa humana, valor erigido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Sob esse ângulo, dispõe a Constituição Federal:

Art. 1^a 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;”

“Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes;

(...)

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;”

À luz das cláusulas pétreas constitucionais, é juridicamente sustentável assentar que a proteção da dignidade da pessoa humana perdura enquanto subsiste a República Federativa, posto seu fundamento.

Consectariamente, não há falar em prescrição de ação que visa implementar um dos pilares da República, máxime porque a Constituição não estipulou lapso prescricional ao direito de agir correspondente ao direito inalienável à dignidade.

Outrossim, a Lei n. 9.140/1995, que criou as ações correspondentes às violações à dignidade humana perpetradas em período de supressão das liberdades públicas, previu a ação condenatória no art. 14, sem estipular-lhe prazo prescricional, por isso que a **lex specialis** convive com a **lex generalis**, sendo incabível qualquer aplicação analógica do Código Civil no afã de superar a reparação de atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana, como sói ser a dignidade retratada no respeito à integridade física do ser humano.

Adjuntem-se à lei interna, as inúmeras convenções internacionais firmadas pelo Brasil, a começar pela Declaração Universal da ONU, e demais convenções específicas sobre a tortura, tais como a Convenção contra a Tortura adotada pela Assembléia Geral da ONU, a Convenção Interamericana contra a Tortura, concluída em Cartagena, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

A dignidade humana violentada **in casu** pela impossibilidade de exercício da profissão de advogado e pelo cerceamento da liberdade por delito de opinião, revelou flagrante atentado ao mais elementar dos direitos humanos, os quais, segundo os tratadistas, são inatos, universais, absolutos, inalienáveis e imprescritíveis.

A exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1º que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

Deflui da Constituição federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o Direito Processual.

Por esses fundamentos, acompanho o Relator, negando provimento ao recurso da União.

Ex positis, dou provimento ao recurso especial para conceder à recorrente a isenção do IPI nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei n. 8.989/1995, com a novel redação dada pela Lei n. 10.754, de 31.10.2003, na aquisição de automóvel a ser dirigido, em seu prol, por outrem.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro José Delgado: O eminente Relator, em sede de mandado de segurança, concedeu isenção de IPI à recorrente, por ser deficiente físico, para a aquisição de um veículo próprio, a ser dirigido por outrem, em seu prol, até 127 HP de potência, interpretando e aplicando o art. 1º, § 1º, da Lei n. 8.989/1995, com a redação que lhe deu a Lei n. 10.754, de 31.10.2003.

O acórdão de segundo grau entendeu que o “art. 1º da Lei n. 8.989/1995 estabelece isenção de IPI na aquisição de veículos por portadores de deficiência que não podem dirigir automóveis comuns, não se estendendo tal medida para a compra de veículos para transporte, por terceiros, de deficientes impossibilitados de guiar”.

Acompanho o Relator. Estou de pleno acordo com a fundamentação de seu voto, especialmente, na parte que afirma:

“Deveras, o ordenamento jurídico, principalmente na era do pós-positivismo, assenta como técnica de aplicação do Direito à luz do contexto social que:

‘Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum’.

Sob essa ótica, a **ratio legis** do benefício fiscal conferido aos deficientes físicos indicia que indeferir requerimento formulado com o fim de adquirir um veículo para que outrem o dirija, à míngua de condições de adaptá-lo, afronta ao fim colimado pelo legislador ao aprovar a norma visando facilitar a locomoção de pessoa portadora de deficiência física, possibilitando-lhe a aquisição de veículo para seu uso, independentemente do pagamento do IPI. Consectariamente, revela-se inaceitável privar a Recorrente de um benefício legal que coadjuva as duas finais a motivos humanitários, posto de sabença que os deficientes físicos enfrentam inúmeras dificuldades, tais como o preconceito, a discriminação, a comiseração exagerada, acesso ao mercado de trabalho, os obstáculos físicos, constatações que conduziram à consagração

das denominadas ações afirmativas, como esta que se pretende empreender”.
Isso posto, acompanhando o Relator, dou provimento ao recurso.
É como voto.
