

Rescisória contra decisão já recorrida: erro sanável.
Creditamento de IPI: insumos não tributados ou tributados a alíquota
zero

Luís Carlos Martins Alves Júnior*

A União ajuizou ação rescisória contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário, alegando que esta pressupôs que a lide versava sobre a possibilidade de creditamento de IPI em decorrência de insumos adquiridos sob o regime de isenção territorial, quando, na verdade, tratavam-se de insumos adquiridos sob o regime de alíquota zero e de uma isenção de caráter nacional. A rescisória foi extinta sem julgamento de mérito, uma vez que a decisão apontada como rescindenda já fora objeto de recurso, julgado improcedente. Em agravo regimental, a União sustenta que o erro no pedido é sanável, argüindo o princípio da instrumentalidade do processo. Segue o memorial analítico formulado pela Fazenda Pública no referido agravo

Excelentíssimos Senhores Ministros Do Supremo Tribunal Federal

MEMORIAL ANALÍTICO DA UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Agravo Regimental na Ação Rescisória n. 1788

Relatora: Ministra Cármen Lúcia

Agravante: União Federal (Fazenda Nacional)

Agravada: Nutriflex S/A Indústria e Comércio

Assunto: Cabimento da Ação Rescisória – Decisão Rescindenda – Mérito – Creditamento de IPI – Alíquota Zero – Não-tributados - Precedentes do STF – RREE ns. 353.657 e 370.682

1. Cuida-se de agravo regimental que desafia decisão da Ministra Ellen Gracie (**relatora originária da AR n. 1788**) que julgou extinta, sem julgamento do mérito, a mencionada ação rescisória vazada nesses termos:

"1. Trata-se de ação rescisória ajuizada pela União em desfavor de Nitriflex S/A Indústria e Comércio, com base nos arts. 485, V e IX, do Código de Processo Civil e 259 do RISTF, visando desconstituir decisão monocrática proferida pelo Min. Néri da Silveira no AI 313.481/RJ, com o seguinte teor (fl. 170):

"DESPACHO: Vistos. Trata-se de agravo de instrumento contra despacho do ilustre Senhor Juiz Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, que negou seguimento a recurso extraordinário, fundado no art. 102, III, alínea "a", da Constituição Federal.

2. O agravo não comporta seguimento.

3. Ao julgar caso análogo ao dos presentes autos, RE 212.484-RS, publicado no DJU de 05/03/1998, relator para o acórdão o eminente Ministro NELSON JOBIM, o Plenário desta Corte, assim decidiu:

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPI. ISENÇÃO INCIDENTE SOBRE INSUMOS. DIREITO DE CRÉDITO. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. OFENSA NÃO CARACTERIZADA.

Não ocorre ofensa à CF (art. 153, § 3º, II) quando o contribuinte do IPI credita-se do valor do tributo incidente sobre insumos adquiridos sob o regime de isenção. Recurso não conhecido."

4. Em face do exposto, estando a decisão agravada em consonância com a jurisprudência deste Tribunal, com apoio no art. 38, da Lei n.º 8.038, de 1990, combinado com o art. 21, § 1º, do Regimento Interno, nego seguimento ao agravo.

Publique-se.

Brasília, 7 de dezembro de 2000." (Fl. 170)

2. A autora sustenta, preliminarmente, o cabimento da presente ação rescisória ajuizada em 15.04.2003, tendo em vista a ocorrência do trânsito em julgado, em 18.04.2001 (fl. 184), da decisão rescindenda, a qual também consubstancia decisão de mérito, nos termos do art. 485, *caput*, do Código de Processo Civil.

No mérito, a União alega, em síntese, o seguinte:

a) ocorrência de erro de fato (art. 485, IX, do Código de Processo Civil), visto que a decisão rescindenda pressupôs que a lide versava sobre a possibilidade de creditamento de IPI em decorrência de insumos adquiridos sob o regime de isenção territorial, quando, na verdade, tratava-se de insumos adquiridos sob o regime de alíquota zero e de uma isenção de caráter nacional. Assim, para negar seguimento ao recurso extraordinário, a decisão rescindenda teria partido de premissa de fato absolutamente equivocada;

b) existência de violação a dispositivo de lei (art. 485, V, do Código de Processo Civil), uma vez que, ao se negar seguimento ao RE da União com fundamento em temática alheia àquela da causa, a decisão ora rescindenda configuraria julgado *extra petita* e, por conseguinte, violaria os

arts. 128 e 460 do CPC. Ademais, a referida decisão, ao conceder o creditamento em tela, também afrontou os princípios constitucionais da não-cumulatividade (art. 153, § 3º, II), da seletividade (art. 153, § 3º, I) e da obrigatoriedade de lei específica para tanto (art. 150, § 6º).

3. Citada (fl. 392), a ré contestou (fls. 398-428), argüindo, em preliminar, o seguinte:

a) impossibilidade jurídica do pedido decorrente da inadequação da via eleita, dado que, nos termos do art. 485, *caput*, do Código de Processo Civil, não é cabível ação rescisória contra decisão que não apreciou o mérito da questão. Para tanto, traz à colação julgados do Supremo Tribunal Federal nesse sentido (Ações Rescisórias 1.039, 1.236 e 1.056) e entendimentos doutrinários da lavra dos professores Vicente Greco Filho e Arruda Alvim. No caso, diz que a decisão rescindenda não é de mérito porque se limitou unicamente ao exame da admissibilidade do recurso extraordinário que tivera seu seguimento obstado pela Presidência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região;

b) incompetência do Supremo Tribunal Federal para apreciar o mérito da demanda, que fora analisado pelo TRF da 3ª Região, sendo ainda certo que a autora, em face do acórdão proferido por aquela Corte regional e impugnado mediante mencionado recurso extraordinário, ajuizou, perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, a Ação Rescisória 2003.02.01.005675-8. Assim, o julgamento da presente ação rescisória poderá causar supressão de instância processual e possíveis decisões conflitantes em detrimento do princípio da segurança jurídica;

c) carência da ação, por não ocorrer a subsunção de uma situação concreta à norma taxativa do art. 485 do CPC, o que faz atrair o contido nas Súmulas STF nºs 343 e 134.

No mérito, a ré alega, em síntese, o seguinte:

a) ausência de erro de fato e de violação a literal disposição de lei, tendo em vista que não se trata de decisão de mérito, bem como houve pronunciamento judicial anterior sobre o fato na decisão que analisou o mérito da demanda, nos termos do art. 485, § 2º, do Código de Processo Civil;

b) a vedação ao aproveitamento do crédito presumido decorrente de aquisição de matéria prima isenta ou não tributada, além de tributar o total e não somente o valor agregado, descaracteriza a própria isenção, bem como onera a produção e o comércio porque viola fundamento básico do IPI no sentido de que ele não deve ser suportado pelo contribuinte de direito, mas pelo adquirente do produto (contribuinte de fato).

4. Despacho saneador à fl. 477.

5. Houve razões finais nas quais ambas as partes reiteram, em síntese, as alegações anteriormente deduzidas (fls. 479-519 e 634-648). A ré apresenta pareceres da lavra dos professores Cândido Rangel Dinamarco e Paulo de Barros Carvalho (fls. 520-573 e 574-630).

6. A Procuradoria-Geral da República opina pela procedência do pedido.

7. Às fls. 692-707, a ré salienta o julgamento de procedência, em parte, pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, da referida AR 2003.02.01.005675-8, a rejeição dos embargos de declaração, bem como a oposição de embargos infringentes e a interposição de recurso especial, ambos pendentes de julgamento.

8. Verifico, inicialmente, os termos da petição inicial de fls. 03-20. No item I-2 (fl. 04), a autora assevera o seguinte: "*A decisão objeto da presente ação rescisória é a proferida pelo em. Ministro NÉRI DA SILVEIRA, nos autos do AG nº 313.481*". Ao final (fl. 20), pede que seja

"julgado procedente o pedido contido nesta actio, no sentido de ser rescindida a r. decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 313.481 RJ, de modo a que, anulada ela, outra seja proferida.. ." Evidencia-se, portanto, a efetiva intenção da União de rescindir a decisão monocrática da lavra do Min. Néri da Silveira que negou seguimento ao AI 313.481/RJ (fl. 170).

9. Todavia, a autora se olvida que a mencionada decisão foi objeto de agravo regimental, ao qual a 2ª Turma, em 13.03.2001, negou provimento (fls. 180-182). Assim, nos termos do art. 512 do Código de Processo Civil, o acórdão da 2ª Turma substituiu aquela decisão e transitou em julgado na data de 18.4.2001 (certidão, fl. 184). Portanto, o pedido rescindendo dirigido à decisão monocrática em exame remanesceria inócuo até porque fora ele substituído pelo acórdão da turma, esse sim dotado de eficácia jurídica e potencialmente suscetível de rescisão. Assevere-se, ainda, a inexistência de pedido da autora para rescindir o acórdão da 2ª Turma. Essa inocuidade atinge, pois, o interesse de agir da autora no sentido de que seu pedido, por si só, não tem o condão de produzir um resultado útil ao processo, o que também afasta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que admite, em tese, o ajuizamento de ação rescisória em face de decisão monocrática do relator da causa, desde que tal pronunciamento tenha efetivamente apreciado a questão constitucional controvertida, bem como o contido na Súmula STF nº 249.

10. Ante o exposto, julgo extinto o processo sem julgamento do mérito (art. 267, IV, do Código de Processo Civil)".

2. A União Federal (Fazenda Nacional) agravou a aludida decisão sob o fundamento de que a decisão a ser rescindida é a contida no despacho monocrático do Ministro Néri da Silveira nos autos do Agravo de Instrumento n. 313.481.

3. O regimental também se insurge contra uma leitura excessivamente formalista que tende a inviabilizar a prestação jurisdicional e contrária aos postulados do estado democrático de direito. Em favor do pleito da Fazenda no

sentido de uma interpretação instrumental tem-se o precedente no **Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 312.538** (Relatora Ministra Ellen Gracie; J. 03.08.2004; DJ 20.08.2004).

4. Com efeito, a questão a ser discutida suscita profunda análise acerca das hipóteses de cabimento da ação rescisória e como deve ser a interpretação do STF no concernente à manutenção de decisões contrárias à jurisprudência constitucional da Corte, em sufrágio do princípio da supremacia normativa da Constituição e da plena efetividade jurídico-constitucional, na linha do precedente no **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 395.662** (Redator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes; J. 16.03.2004; DJ 23.04.2004).

5. A Ministra Ellen Gracie entendeu incabível a Ação Rescisória porquanto proposta contra a decisão monocrática do Ministro Néri da Silveira no AG n. 313.481, em vez de ter sido proposta contra o acórdão da Turma oriundo da interposição de agravo regimental da União (Fazenda). Daí julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito.

6. A União Federal (Fazenda Nacional) insiste no acerto do ajuizamento da ação rescisória contra a decisão monocrática do Ministro Néri da Silveira **porque essa adentrou o mérito da controvérsia** (ainda que de modo errôneo, *data venia*, e por essa razão ajuizou-se a presente rescisória).

7. Nada obstante o aviamento de agravo regimental, a Turma manteve a decisão agravada por seus próprios fundamentos. **A Turma não enfrentou o mérito da questão constitucional**, ao desprover o regimental.

8. Eis o voto do Ministro Néri da Silveira no acórdão do AGRG no AI n. 313.481:

"Nego provimento ao agravo regimental.

Efetivamente, não afasta a agravante os fundamentos da decisão, exarada na conformidade da jurisprudência desta Corte.

Quanto ao art. 5º, LXIX, não houve o seu necessário prequestionamento, a fim de que fosse viabilizado o apelo extraordinário. Não cabe, pois, por via reflexa, pretender tenha ocorrido ofensa a normas maiores. Se, para dar pela vulneração de norma constitucional, mister se faz, por primeiro, verificar da negativa de vigência de preceito infraconstitucional, este último é o que conta aos efeitos do art. 102, III, *a*, da Lei Maior.

Mantenho o despacho agravado, por seus fundamentos."

9. A Turma concedeu o *placet* ao voto do Ministro Relator em sua integralidade.

10. A decisão de mérito a ser rescindida está contida no mencionado despacho monocrático do Ministro Néri da Silveira, que, nada obstante já transcrito na decisão ora agravada, será, com as vênias de estilo, novamente estampada:

"DESPACHO: Vistos. Trata-se de agravo de instrumento contra despacho do ilustre Senhor Juiz Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, que negou seguimento a recurso extraordinário, fundado no art. 102, III, alínea "a", da Constituição Federal.

2. O agravo não comporta seguimento.

3. Ao julgar caso análogo ao dos presentes autos, RE 212.484-RS, publicado no DJU de 05/03/1998, relator para o acórdão o eminente Ministro NELSON JOBIM, o Plenário desta Corte, assim decidiu:

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPL. ISENÇÃO INCIDENTE SOBRE INSUMOS. DIREITO DE CRÉDITO. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. OFENSA NÃO CARACTERIZADA.

Não ocorre ofensa à CF (art. 153, § 3º, II) quando o contribuinte do IPI credita-se do valor do tributo incidente sobre insumos adquiridos sob o regime de isenção. Recurso não conhecido."

4. Em face do exposto, estando a decisão agravada em consonância com a jurisprudência deste Tribunal, com apoio no art. 38, da Lei n.º 8.038, de 1990, combinado com o art. 21, § 1º, do Regimento Interno, nego seguimento ao agravo." – grifamos.

11. Foi contra essa decisão de mérito que a União Federal propôs a presente Ação Rescisória, **visto que fundada em flagrante erro de fato.**

12. Com efeito, a decisão rescindenda pressupôs que a lide versava sobre a possibilidade de creditamento de IPI em decorrência de insumos adquiridos sob o regime de isenção territorial, quando, na verdade, tratava-se de insumos adquiridos sob o regime de alíquota zero, de não tributados e de uma isenção de caráter nacional. Assim, para negar seguimento ao recurso extraordinário, a decisão rescindenda teria partido de premissa de fato absolutamente equivocada.

13. A hipótese dos autos do **Agravo de Instrumento n. 313.481**, relatado pelo Ministro Néri da Silveira, e atacado na presente Ação Rescisória é a mesma recentemente decidida pelo STF nos autos dos **RREE ns. 370.682 e 353.657**, versando sobre o creditamento do IPI na hipótese de insumos não-tributados ou tributados à alíquota zero.

14. Em sua decisão, que se pretende rescindir, o Ministro Néri da Silveira equivocadamente aplica, *concessa venia*, o precedente do "caso Coca-Cola" (RE n. 212.484, Redator para o acórdão Ministro Nelson Jobim; J. 05.03.1998; DJ 27.11.1998).

15. Eis a ementa do acórdão do referido **RE 212.484**:

CONSTITUCIONAL. TRIBUNAL. IPI. ISENÇÃO INCIDENTE SOBRE INSUMOS. DIREITO DE CRÉDITO. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. OFENSA NÃO CARACTERIZADA.

Não ocorre ofensa à CF (art. 153, § 3º, II) quando o contribuinte do IPI credita-se do valor do tributo incidente sobre insumos adquiridos sob o regime de isenção.

16. O precedente do mencionado "**caso Coca-Cola**" (RE 212.484) versou exclusivamente sobre a possibilidade de creditamento de produtos isentos em face de estarem na Zona Franca de Manaus. Cuidou-se de uma isenção territorial.

17. A despeito das similitudes, a questão de mérito versada na decisão rescindenda (AI 313.481) diz respeito ao creditamento de IPI nas hipóteses de produtos não tributos ou tributados à alíquota zero.

18. O tema do creditamento de IPI no regime de isenção territorial encontra-se pacificado no STF desde o julgado do "**caso Coca-Cola**". Em face desse mencionado precedente, várias foram as decisões que aplicaram, por analogia, o entendimento esposado no regime de isenção territorial nas hipóteses de produtos não-tributados ou tributados à alíquota zero. Essa é a situação presente.

19. Nada obstante a similitude, o STF, recentemente, decidiu que inexistente o direito ao creditamento do IPI na hipótese de produto não-tributo ou tributado à alíquota zero. Eis a notícia extraída do Informativo STF n. 456 que veiculou o resultado final do julgamento conjunto dos **RREE ns. 353.657 e 370.682**:

O Tribunal retomou julgamento conjunto de dois recursos extraordinários (interpostos pela União contra acórdãos do TRF da 4ª Região que reconheceram o direito do contribuinte do IPI de creditar-se do valor do tributo na aquisição de insumos favorecidos pela alíquota zero e pela não-tributação — v. Informativos 304, 361, 374 e 420. Por maioria, deu-se provimento aos recursos, por se entender que a admissão do creditamento implica ofensa ao inciso II do § 3º do art. 153 da

CF. Asseverou-se que a não-cumulatividade pressupõe, salvo previsão contrária da própria Constituição Federal, tributo devido e recolhido anteriormente e que, na hipótese de não-tributação ou de alíquota zero, não existe parâmetro normativo para se definir a quantia a ser compensada. Ressaltou-se que tomar de empréstimo a alíquota final relativa a operação diversa resultaria em ato de criação normativa para o qual o Judiciário não tem competência. Aduziu-se que o reconhecimento desse creditamento ocasionaria inversão de valores com alteração das relações jurídicas tributárias, dada a natureza seletiva do tributo em questão, visto que o produto final mais supérfluo proporcionaria uma compensação maior, sendo este ônus indevidamente suportado pelo Estado. Além disso, importaria em extensão de benefício a operação diversa daquela a que o mesmo está vinculado e, ainda, em sobreposição incompatível com a ordem natural das coisas. Por fim, esclareceu-se que a Lei 9.779/99 não confere direito a crédito na hipótese de alíquota zero ou de não-tributação e sim naquela em que as operações anteriores foram tributadas, mas a final não o foi, evitando-se, com isso, tornar inócuo o benefício fiscal.

20. Portanto, na questão de fundo (ou de mérito) da presente Ação Rescisória o pedido da União Federal (Fazenda Nacional) vai ao encontro da jurisprudência do STF.

21. Em outras oportunidades, o Supremo Tribunal tem superado eventuais óbices procedimentais para efetivar a justiça. Cuida-se de uma nova perspectiva do processo como instrumento de concretização do direito.

22. Recorde-se o julgamento do aludido **Agravo Regimental no RE 395.662 (Redator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, J. 16.03.2004; DJ. 23.04.2004)**. Eis a ementa do acórdão:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL.

2. Ação rescisória. Extinção do feito, sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido.

3. Entendimento no sentido de que o autor pretendia rescindir a sentença, em vez de buscar a desconstituição do acórdão que a substituiu.

3. Formalismo excessivo que afeta a prestação jurisdicional efetiva. Erro no pedido que não gera nulidade, nem causa para o não-provimento.

4. Força normativa da Constituição. Jurisprudência do STF quanto à matéria que constitui objeto da ação rescisória.

5. Recurso extraordinário provido. Remessa ao TRT da 4ª Região, a fim de que aprecie a ação rescisória, como entender de direito.

23. Nesse julgado, mediante voto vencedor do Ministro Gilmar Mendes, o STF conheceu do RE de acórdão de Ação Rescisória julgada extinta, sem julgamento do mérito, porquanto interposta contra a Sentença monocrática, em vez de hostilizar o Acórdão do Tribunal. O STF alicerçou seu entendimento em dois argumentos: a) afastar o formalismo excessivo, em favor da substância; e b) supremacia das decisões constitucionais do Supremo.

24. Quanto ao formalismo, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto (p. 16), externou:

"É fácil ver que o processamento da ação rescisória não deve ser, tão-somente, pelo fato de o autor ter utilizado o termo sentença em lugar de acórdão.

É uma manifestação extremada do formalismo que afeta a proteção judicial efetiva. Assegura-se a preservação de uma situação contrária ao entendimento desta Corte em nome do atendimento de uma exigência formal."

25. Aduziu Sua Excelência, com apoio no magistério de Pontes de Miranda (Tratado da ação rescisória), que o fato de se pedir a rescisão da sentença, em vez da

rescisão do acórdão que confirmou a sentença, não constitui nulidade, nem causa para o não-provimento, porque a decisão confirmada é que é a decisão.

26. No tocante à supremacia das decisões constitucionais da Corte, pontificou (p. 17):

"Ressalte-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou quanto à matéria que constitui o mérito da ação rescisória.

Ora, se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a sua interpretação do texto constitucional deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo absoluto outorgado à sua decisão. Não se pode diminuir a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal com a manutenção de decisões divergentes.

Assim, se somente por meio do controle difuso de constitucionalidade, portanto, anos após as questões terem sido decididas pelos Tribunais ordinários, é que o Supremo Tribunal Federal veio a apreciá-las, é a ação rescisória, com fundamento em violação de literal disposição de lei, instrumento adequado para a superação de decisão divergente.

Contrariamente, a manutenção de soluções divergentes, em instâncias inferiores, sobre o mesmo tema, provocaria, além da desconsideração do próprio conteúdo da decisão desta Corte, última intérprete do texto constitucional, a fragilização da força normativa da Constituição."

27. Alfim, com esteio no magistério de Konrad Hesse (A força normativa da constituição), Sua Excelência, em defesa da supremacia das decisões constitucionais do STF, proclama que *"o não-processamento da ação rescisória pelo fato de o autor ter-se referido à sentença e não ao acórdão configura notória negativa de prestação jurisdicional"*.

28. Ainda nesse julgado, merece transcrição o elucidativo voto da Ministra Ellen Gracie:

"Sr. Presidente, igualmente como o Ministro Gilmar Mendes, afastado aquele obstáculo que era colocado em relação à exata denominação do provimento judicial que se atacava, se sentença ou acórdão.

Creio que seria um exagero de formalismo insistirmos em que a parte desse uma denominação exata ao acórdão que estava sendo atacado, até porque a redação do artigo de lei menciona sentença, e quando diz sentença o faz em sentido amplo.

No entanto, com relação à segunda questão – e essa importante questão que V. Exa. acaba de frisar – de desrespeito efetivo da orientação já pacificada deste Supremo Tribunal Federal em relação à matéria de fundo, também tenho preocupações.

Ainda outro dia preparava uma reclamação apresentada a esta Corte exatamente tendo por objeto uma dessas decisões que faz um circunlóquio para dizer que acata julgado do Supremo Tribunal Federal, porém, por outros motivos, por outros acessórios, acaba alcançando resultado contrário à decisão do Supremo Tribunal Federal.

Por essas razões, sensibilizei-me com o voto, ora apresentado pelo Ministro Gilmar Mendes, que nos traz uma fundamentação sólida para conhecer desse recurso e lhe dar provimento, haja vista que a matéria de fundo – V. Exa. bem frisou – está absolutamente pacificada nesta Corte.

29. Essa adesão da Ministra Ellen Gracie à superação das formas em favor da substância foi sufragado em outro importante julgamento (**Agravo Regimental no Agravo Regimental no RE 312.538, J. 03.08.2004; DJ 20.08.2004**). Eis a ementa de seu acórdão:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. OCORRÊNCIA. INAPLICABILIDADE, NO CASO, DA SÚMULA STF Nº 281.

1. Na hipótese dos autos, embora tenha o magistrado a *quo* indeferido os embargos de declaração em decisão monocrática, acrescentou ele razões para sustentar a conclusão formulada no acórdão recorrido, salientando que a gratuidade da prestação dos benefícios pela entidade de previdência privada não é suficiente para caracterizá-la como entidade de assistência social para fins de imunidade tributária.

2. Desnecessária, portanto, a interposição de agravo regimental contra esse despacho singular, porquanto fora atendida a pretensão da então embargante. Faltava-lhe, pois, interesse em se insurgir contra decisão que lhe fora favorável.

3. Esgotadas, na situação em tela, as instâncias ordinárias, não há falar em incidência da Súmula STF nº 281.

4. Agravo regimental improvido.

30. O referido acórdão nasceu da interposição de agravo regimental fazendário desafiando decisão de Sua Excelência (**Ministra Ellen Gracie, Relatora do RE 312.538**) que dera provimento a agravo regimental da contribuinte em face de despacho prolatado pela Relatora negando seguimento ao seu Recurso Extraordinário. Pede-se licença para transcrever os aludidos despachos:

1º Despacho da Ministra Ellen, de 21.02.2002:

"Os embargos de declaração opostos pela recorrente contra o acórdão de fls. 287-293 não foram admitidos por decisão monocrática, em razão de serem manifestamente incabíveis (fls. 304/305). Desta decisão, não foi protocolizado o competente agravo regimental para que os embargos fossem apreciados pelo Colegiado que o relator representa.

O recurso extraordinário de fls. 307-334, em face do enunciado da Súmula 281, mostra-se inadmissível, pois foi interposto contra decisão que não era de única ou última instância.

Sobre o tema, a Primeira Turma desta Corte, ao apreciar o AGRAG 247.591-3/RS, referendou decisão do eminente Min. Moreira Alves que negou seguimento a agravo de instrumento pelas mesmas razões acima mencionadas. É este o teor do despacho:

"1. Tendo sido os embargos declaratórios indeferidos por despacho do relator, contra esse despacho caberia agravo regimental para o colegiado, razão por que o acórdão embargado, prolatado em apelação, não foi complementado por decisão de última instância, o que significa que o julgado contra o qual se recorre não preenche o requisito de cabimento do recurso extraordinário inserto no inciso III do artigo 102 da Constituição, ou seja, o de que a causa tenha sido decidida em última instância.

2. Em face do exposto, nego seguimento ao presente agravo."

Diante do exposto, com fundamento no art. 557, *caput* do CPC, **nego seguimento** ao recurso."

2º Despacho da Ministra Ellen, de 04.10.2002:

"1. Tendo sido o recurso extraordinário interposto contra despacho do relator que indeferiu embargos declaratórios por considerá-los manifestamente protelatórios, decisão contra a qual ainda seria cabível agravo regimental, neguei seguimento ao apelo extremo da agravante, com fundamento na Súmula STF nº 281.

Nas razões do presente regimental, alega a entidade que houve esgotamento da instância de origem porque os embargos de declaração foram equivocadamente indeferidos, na medida em que opostos para atender

o requisito do prequestionamento, sem se pleitear qualquer efeito infringente. Ademais, a decisão nos declaratórios completou a prestação jurisdicional, ao adicionar argumentos ao acórdão impugnado. Assim, mesmo inadmitidos monocraticamente os embargos, não existiria interesse em interpor agravo regimental contra esta decisão, que em nada alteraria o resultado da demanda.

2. Muito embora tenha o relator indeferido os embargos de declaração em decisão monocrática, ele acrescentou razões para sustentar a conclusão formulada no acórdão de segunda instância, salientando que a gratuidade da prestação dos benefícios pela agravante não é suficiente para caracterizá-la como entidade de assistência social para fins de imunidade tributária.

Assiste, portanto, razão à agravante, ao mencionar que não haveria propósito para interposição de agravo regimental, tendo em vista que a matéria constitucional havia sido discutida no Tribunal *a quo* e que a prestação jurisdicional já fora completada, configurando o devido prequestionamento e esgotando as instâncias ordinárias.

3. Em face dessa circunstância, **dou provimento** ao agravo regimental, para **reconsiderar** a decisão de fl. 360. Passo ao reexame do extraordinário.

4. O Tribunal *a quo* reconheceu que a recorrente não recebia contribuições de seus associados para a prestação de seus serviços, inteiramente custeados pela empresa patrocinadora. Contudo, entendeu que este fato não era suficiente para justificar a imunidade tributária prevista no art. 150, IV, "c" da Constituição, que dependia, também, da generalidade do amparo assistencial oferecido pela entidade. Ao decidir nestes termos, contrariou entendimento firmado por ocasião do julgamento do RE 259.756, STF, rel. Marco Aurélio, Plenário, Sessão de 28.11.2001.

5. Diante do exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A do CPC, **dou provimento** ao recurso, para conceder a segurança. Custas *ex lege*."

31. Contra esse segundo despacho foi aviado o regimental fazendário que resultou no acórdão referido.

32. Com efeito, aquela situação assemelha-se bastante à hipótese da presente Ação Rescisória, pois o Tribunal, a partir do voto condutor da Ministra Ellen Gracie, afastou a Súmula 281 (*É inadmissível o recurso extraordinário quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada*), ao entendimento de que, inobstante a "falha processual", o conteúdo da decisão recorrida já tinha sido prequestionada e esgotada.

33. Em suas decisões, a Ministra Ellen Gracie favorece a substância em detrimento da forma, pois o acórdão recorrido estava em desacordo com a jurisprudência do STF. Para prestigiar a supremacia das decisões da Corte, a Ministra Ellen supera um obstáculo formal. Optou o Tribunal pela justiça material, em desfavor das formas processuais. O processo não pode ser instrumento de injustiça.

34. Essa perspectiva instrumental do processo está contida no enunciado da Súmula 249 (*É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida*). Ou seja, o importante é a apreciação da questão federal (hoje constitucional) controvertida. No presente caso, insista-se, quem apreciou a questão controvertida foi o Relator, não a Turma.

35. Nesse recordado julgamento (**RE 312.538**) o STF, a despeito das regras processuais que impõem o esgotamento das instâncias com o fito de que o Tribunal recorrido analise a questão constitucional, entendeu que a matéria constitucional de fundo já estava prequestionada na decisão monocrática do Relator e entendeu

desnecessária a interposição de agravo para o colegiado competente a fim de esgotar a instância originária, nos termos da Súmula 281.

36. Com efeito, o Supremo Tribunal conheceu de RE contra decisão monocrática de Relator *a quo*, porquanto desnecessária a submissão do tema ao colegiado. Valorizou-se a supremacia da Constituição em detrimento das formas processuais. Em homenagem ao direito a uma prestação jurisdicional positiva, o Pretório Excelso não se amesquinhou diante de formalismo processual.

37. A presente controvérsia se aproxima dessa cogitada situação. Cuida-se de ação rescisória proposta contra decisão monocrática de Relator que feriu o mérito da questão, porquanto o julgamento colegiado da Turma se fiou em aspectos processuais, sem ferir o mérito.

38. Em verdade, repise-se, a decisão cujo conteúdo é contrário à jurisprudência da Corte é a monocrática e não a colegiada. A decisão que violou o texto constitucional foi a escoteira e não a gremial. Por conseqüência, não poderia a União Federal (Fazenda Nacional) hostilizar o entendimento da Turma, mas sim o do Relator (Ministro Néri da Silveira).

39. Tenha-se que nos precedentes recordados (**RREE ns. 312.538 e 395.662**), assim como na presente controvérsia não se trata de erro grosseiro. Em absoluto. Cuidam-se de complexas questões processuais. E a solução requer a compreensão dos princípios processuais, em vez de singela aplicação de regras processuais.

40. No presente caso, a situação é complexa e demanda uma perspectiva instrumental do processo e um acolhimento da supremacia das decisões constitucionais do STF.

41. A primeira diz respeito ao princípio substitutivo contido no art. 512 do Código de Processo Civil (*O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso*). Sobre esse

dispositivo legal, o preciso magistério de Barbosa Moreira (Comentários ao Código de Processo, Volume V, p. 395):

"É claro que não se pode estar aludindo senão às hipóteses em que o tribunal *conhece* do recurso, lhe aprecia o mérito. Nas outras, seria absurdo cogitar-se de *substituição*: não se chegou sequer a analisar, sob qualquer aspecto, a matéria que, no julgamento de grau inferior, constituirá objeto da impugnação do recorrente".

42. Fácil de ver, por conseqüência, que a decisão da Turma não só não conheceu do recurso como não apreciou o mérito. Repita-se, com vênia devida, quem apreciou o mérito foi o Relator. Por isso o ajuizamento dessa Rescisória contra a sua decisão. Qual a razão de se ajuizar uma rescisória contra a decisão da Turma que não visitou o mérito a ser rescindido?

43. Quanto à correta aplicação do aludido art. 512, CPC, essa Colenda Corte tem os seguintes precedentes:

Agravo Regimental na Ação Rescisória n. 1.800, Relator Ministro Eros Grau, J. 23.03.2006; DJ 05.05.2006:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO RESCISÓRIA. PEDIDOS INDEPENDENTES. PROVIMENTO DE APENAS UM DELES PELO ACÓRDÃO RESCINDENDO. CONHECIMENTO DA RESCISÓRIA NESTA CORTE QUANTO AOS OUTROS PEDIDOS. IMPOSSIBILIDADE. EFEITO SUBSTITUTIVO. ART. 512, DO CPC. CAPÍTULOS DA SENTENÇA. SÚMULA 249. INAPLICABILIDADE. 1. O provimento, pelo acórdão rescindendo, de um dos pedidos da ação principal não é suficiente para atrair a competência desta Corte para o julgamento de outros pedidos independentes, que sequer foram conhecidos.

2. A decisão rescindenda substitui o acórdão prolatado pelo tribunal de origem somente quando o recurso é conhecido e provido. O efeito

substitutivo previsto no art. 512 do CPC não incide sobre os pedidos não conhecidos pelo acórdão rescindendo. Precedente [RE n. 194.382, Relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ 25.04.2003].

3. **A decisão rescindenda, no capítulo em que não conhece do recurso extraordinário, não opera o efeito substitutivo do art. 512 do CPC. A questão de mérito a ser impugnada por meio de ação rescisória não se encontra na decisão proferida por esta Corte --- que é meramente processual no ponto pertinente ---, mas no acórdão prolatado pelo tribunal de origem.** Não há falar-se, pois, na aplicação da Súmula n 249.

Precedente [AC n. 112, Relator o Ministro CÉZAR PELUSO, DJ 04.02.2005 e AgR-AR n. 1.780, Relator o Ministro EROS GRAU, DJ 03.03.2006].

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

Recurso Extraordinário n. 194.438, Relator Maurício Corrêa, J. 25.04.2001; DJ 25.04.2003:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPRESCINDIBILIDADE DE QUE ESSA HIPÓTESE ESTEJA PREVISTA EM LEI. LEGITIMIDADE DO INSTITUTO JURÍDICO. NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. INOCORRÊNCIA DO FENÔMENO DA SUBSTITUIÇÃO DE JULGADO. PREJUDICIALIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE.

1. Não-conhecimento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça. Prejudicialidade do recurso extraordinário simultaneamente interposto, tendo em vista o fenômeno processual da substituição de julgado previsto no artigo 512 do Código de Processo Civil. Alegação improcedente.

O acórdão somente substituiria a decisão recorrida se o recurso houvesse sido conhecido e provido.

2. É responsável tributário, por substituição, o industrial, o comerciante ou o prestador de serviço, relativamente ao imposto devido pelas anteriores ou subseqüentes saídas de mercadorias ou, ainda, por serviços prestados por qualquer outra categoria de contribuinte.

3. Legitimidade do regime de substituição tributária, dado que a cobrança antecipada do ICMS por meio de estimativa "constitui simples recolhimento cautelar enquanto não há o negócio jurídico de circulação, em que a regra jurídica, quanto ao imposto, incide". Entendimento doutrinário. Recurso extraordinário conhecido e provido.

44. À luz desses precedentes, enxerga-se que para o STF só há que se falar em substituição da decisão recorrida se houver manifestação de mérito.

45. No concernente à supremacia das decisões constitucionais da Suprema Corte, os aludidos **RREE 312.538 e 395.662** sinalizam a orientação desse Excelso Tribunal no sentido de que as normas da Constituição não podem ficar à mercê de um tacanho formalismo processual.

46. A bem da verdade, tenha-se que os precedentes aludidos e aqui demonstrados não cuidam de **erro grosseiro**. Tampouco a presente controvérsia.

47. A despeito da alegação de **litigância de má-fé** imputada pela Demandada, porquanto foi ajuizada no Tribunal Regional Federal da 2ª Região a Ação Rescisória n. 2003.02.01.005675-8 proposta pela União Federal (Fazenda Nacional) em face da mesma ré e objetivando rescindir a mesma sentença.

48. Sucede que aqui há interessantes nuanças provocadas pelo sistema recursal brasileiro, mormente os recursos excepcionais (o extraordinário e o especial).

49. O acórdão do TRF 2 na **Apelação em Mandado de Segurança n. 0214199 (Processo originário n. 98.02.49739-8)** foi hostilizado pela União Federal (Fazenda Nacional) via recursos extraordinário e especial. Este discutindo o direito federal infraconstitucional. Aquele o direito federal constitucional. Ambos foram inadmitidos na Corte *a qua*. Essas inadmissões foram desafiadas por agravos de instrumento. No STF o referido **AI 313.481**, que ora se pretende rescindir. No STJ ganhou o número **318.157, Relator Ministro José Delgado**.

50. Pois bem, no STF o aludido agravo não foi provido, mas o Relator analisou a questão constitucional controvertida. Todavia, no STJ o agravo não foi conhecido nem foi analisada a questão federal controvertida.

51. Tenha-se presente a ementa do acórdão do respectivo julgado do STJ (**Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 318.157, Relator Ministro José Delgado, J. 23.10.2000; DJ 18.12.2000**):

CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE NEGOU PROVIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO. CRÉDITO PRESUMIDO DO IPI. COMPENSAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA DE CUNHO CONSTITUCIONAL EXAMINADA NO TRIBUNAL "A QUO". IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DO APELO EXCEPCIONAL.

1. Agravo Regimental interposto contra decisão que, com base no art. 544, § 2º, CPC entendeu não emprestar caminhada a agravo de instrumento intentado para fazer subir recurso especial, negando-lhe, assim, provimento.

2. Acórdão *a quo* que julgou procedente ação mandamental para fins de autorizar a recorrida a compensar o crédito presumido de IPI

com o crédito a recolher ao final do processo industrial, em face da não-cumulatividade do tributo (art. 153, § 3º, II, da CF/88).

3. Ausência do necessário prequestionamento, visto que os dispositivos legais indicados como afrontados não foram abordados, em nenhum momento, no âmbito do voto-condutor do aresto hostilizado, quer implícita ou explicitamente.

4. Não se conhece de recurso especial quando a decisão atacada basilar-se, como fundamento central, em matéria de cunho eminente constitucional, com alicerce, ainda, em decisões proferidas pela Excelsa Suprema Corte.

5. Agravo regimental improvido.

52. No ponto que interessa. A rescisória ajuizada no TRF 2 voltou-se contra os aspectos infraconstitucionais. Como essa matéria não foi conhecida no STJ, o órgão competente era o Tribunal *a quo*. No caso das questões constitucionais, a ação foi proposta no órgão competente: o STF.

53. Veja-se a ementa do acórdão dessa aludida **Ação Rescisória n. 2003.02.01.005675-8 (redator para acórdão Des. Fed. Poul Erik Dyrlund, J. 09.12.2004)**:

RESCISÓRIA. COMPENSAÇÃO CRÉDITO PRESUMIDO IPI. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMILATIVIDADE.

1 - Na seara, da análise da pretensão, colhe-se que a mesma se desdobra em duas vertentes: a) - "A questão da decadência do direito de repetir – ou aproveitar, em compensação, valores impagos por IPI – anteriormente a cinco anos da data do ajuizamento do pedido." b) - "A questão de mérito: a impossibilidade de se repetir ou compensar o que, a título de IPI, não se pagou. Como sabemos, a empresa sustentou em seu processo original que tinha direito à compensações ou repetições de créditos

do IPI, mesmo que não houvesse pago a exação nas aquisições de mercadorias que adquiriu nos últimos dez anos por serem insumos ou isentos, ou atingidos por não-incidência ou, ainda, taxados com alíquota zero. Disse impor-se tais compensações ou restituições por força do princípio da não-cumulatividade do IPI, insculpido no art.153, § 3º., II, da CF/88."

2 - No que concerne ao primeiro aspecto, entendo assim razão à parte autora, pois que a jurisprudência dos Tribunais Superiores, de há muito, se fixou na orientação de ser o prazo, in casu, quinquenal, regido pelo Decreto 20.910/32.

3 - Quanto ao segundo ângulo, a questão, quando de prolação de decisão rescindenda, ainda não havia se pacificado, o que atrai os verbetes nos. 134, da Súmula do extinto Tribunal Federal de Recursos, e 343, da Súmula do Supremo Tribunal Federal, conforme se extrai, v.g. do RE 212484, DJ 27/11/98, julgado pelo Plenário, por maioria de votos.

4 - Julgo parcialmente procedente o pedido rescisório, com despesas processuais, e honorários compensados.

54. Do relatório desse acórdão extrai-se elucidativa passagem:

Trata-se de ação rescisória interposta pela UNIÃO FEDERAL/FAZENDA NACIONAL objetivando desconstituir o acórdão da 3ª Turma, que tem a seguinte ementa:

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. Embargos de declaração interpostos com fundamento no art. 535, I do CPC, com o objetivo de suprir contradição entre datas do termo inicial para compensação de crédito presumido de IPI.

2.Induzido o julgador a erro a partir de equívoco de digitação na peça postulatória, mas constando da mesma menção ao período correto para a incidência do provimento judicial, é possível a alteração do conteúdo decisório em sede de embargos de declaração, sanando o conflito existente entre os fundamentos do acórdão e o seu decisum.

3.Embargos de declaração providos para, integrando o acórdão de fls. 206, reconhecer o alcance do direito à compensação do crédito presumido de IPI, garantido pela procedência do pedido, pelo período de dez anos, de julho de 1988 a julho de 1998."

55. Fácil de ver que a insurgência em relação às questões infraconstitucionais. É fora de toda dúvida que não poderia na rescisória proposta perante o STF, em face de agravo de instrumento em recurso extraordinário, que feriu matéria constitucional, rescindir decisão de mérito infraconstitucional. Eis a razão do ajuizamento de outra ação rescisória. **Não houve má-fé, mas zelo da União Federal.**

56. Se isso não bastasse, o CPC, no art. 17, elenca as sete hipóteses taxativas da litigância de má-fé e em nenhuma delas se encarta a conduta da União Federal (Fazenda Nacional). Diz a Lei que reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II – alterar a verdade dos fatos;

III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI – provocar incidentes manifestamente infundados; e

VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

57. Ademais, a litigância de má-fé pressupõe conduta dolosa, sabidamente ilícita e com o objetivo de causar prejuízo à outra parte, bem como desrespeitadora do Judiciário. Essa conduta propositada e ilícita não pode ser imputada à União Federal (Fazenda Nacional).

58. Em arremate, a União Federal (Fazenda Nacional) não aceita a injuriosa imputação de litigância de má-fé, seja porque cabível a ação rescisória perante o TRF 2 em face dos aspectos infraconstitucionais, seja porque a sua conduta não foi dolosa nem se enquadra nas taxativas hipóteses legais da litigância de má-fé.

59. Tenha-se presente que o não cabimento da presente ação rescisória implicará violação ao magno princípio constitucional da igualdade, porquanto a Demandada (Nitriflex) será a única empresa no Brasil que gozará do inconstitucional creditamento de IPI nas hipóteses de produtos não-tributados ou tributados à alíquota zero. É fora de toda a dúvida que uma das missões constitucionais do STF é a unidade do direito constitucional e a igual aplicação desse direito para todos. Além disso, haverá um desequilíbrio na concorrência, pois as demais empresas não terão esse benefício, o que causará danos à ordem econômica concorrencial.

60. Ora, decisões do STF não podem gerar injustiças. E aqui injustiça como desigualdade de tratamento em relação aqueles que estão em situações iguais. Seria injusto que por motivos procedimentais a Demandada não sofresse a mesma sorte de todos os demais contribuintes/litigantes. Esse, obviamente, não é o escopo do processo. Não faz parte da sagrada missão do Pretório Excelso a efetivação das injustiças.

61. Por derradeiro, a União Federal (Fazenda Nacional) está convicta do acerto de suas opções processuais e, sobretudo, de que o direito encontra-se ao seu

lado, mormente em face de todos os precedentes recordados neste Memorial Analítico, **tanto nas questões de mérito (Creditamento de IPI – produtos não-tributados ou tributados à alíquota zero, RREE ns. 353.657 e 370.682)** quanto nos aspectos processuais ensejadores do cabimento e conhecimento da presente Ação Rescisória (**formalismo excessivo que afeta a prestação jurisdicional, erro no pedido que não gera nulidade, nem causa o não-provimento e supremacia e autoridade da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, RREE ns. 312.538 e 395.662**).

REQUERIMENTO DA UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Por todo o exposto, pugna a União Federal (Fazenda Nacional) pelo provimento do agravo regimental interposto e, conseqüentemente, pelo conhecimento e provimento da Ação Rescisória, em homenagem ao paradigma do processo como instrumento da justiça e da supremacia e autoridade das decisões constitucionais do Supremo Tribunal Federal.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Brasília, Terça-feira, 14 de agosto de 2007.

Luís Carlos Martins Alves Jr.

Procurador da Fazenda Nacional

Núcleo de Acompanhamento Especial do STF

* Advogado em Brasília (DF).