

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO CAUTELAR 3.761 PERNAMBUCO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
AUTOR(A/S)(ES) : CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S/A -
ELETROBRÁS
ADV.(A/S) : TIAGO CONDE TEIXEIRA
ADV.(A/S) : SACHA CALMON NAVARRO COELHO
RÉU(É)(S) : CAGEL CALCINADORA DE GESSO BONITO LTDA
ADV.(A/S) : MURILO OLIVEIRA DE ARAÚJO PEREIRA

Decisão:

Vistos.

Cuida-se de ação cautelar proposta Centrais Elétricas Brasileiras S/A – Eletrobrás com a finalidade de obter

“a concessão de medida liminar, inaudita altera parte, para atribuir-se efeitos suspensivos ao RE nº 765.346/PE-AgR, assim como para sobrestarem-se – até final decisão do mérito da controvérsia – todos os processos em curso que a tenham por objeto”.

Alega que o ponto discutido nos autos principais refere-se ao “dies a quo da atualização monetária do crédito nascido para o contribuinte em razão do pagamento do empréstimo compulsório da ELETROBRÁS”. Sustenta que, de acordo com o Decreto-lei nº 1.512/76, o que se corrige é o “crédito do contribuinte, e este só se constitui no primeiro dia do ano posterior aos pagamentos, donde inexistir direito à atualização entre cada recolhimento do tributo e o dia 1º de janeiro subsequente”. No entanto, afirma que o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, ao aplicar a orientação fixada no REsp nº 1.028.592/RS – submetido à sistemática dos recursos repetitivos, determinou a incidência de correção monetária no referido intervalo, majorando o valor a ser restituído ao contribuinte. Argumenta que o acórdão paradigma do Superior Tribunal de Justiça afastou a aplicação do Decreto-lei nº 1.512/76 com base em dois fundamentos constitucionais: a isonomia entre o Fisco e o contribuinte e o princípio do não-confisco. No seu entender, o mencionado diploma só

AC 3761 MC / PE

poderia ter sua aplicabilidade afastada, em razão de reconhecimento de ofensa a preceito constitucional, com a observância da cláusula de reserva de plenário. Destaca que opôs embargos de declaração em face do acórdão do Tribunal Regional, predicando ofensa aos arts. 5º, II e 97 da Constituição Federal.

Refere que, nos autos do processo principal, já existe uma decisão monocrática, de Relatoria do Ministro **Ricardo Lewandowski**, negando seguimento ao recurso extraordinário. Noticia que interpôs, em face dessa decisão, agravo regimental, que aguarda julgamento por esta Corte.

Quanto ao **fumus boni iuris**, assevera que a questão possui nítido caráter constitucional, tendo em vista a apontada violação do art. 97 da Constituição Federal, regra também constante do art. 116 da Carta emendada de 1969. Argumenta que a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região implicitamente declarou a inconstitucionalidade originária do art. 2º, **caput** e § 1º, do Decreto-lei nº 1.512/76, “o que acarreta a irregularidade formal do acórdão – e a necessidade de provimento do extraordinário – mesmo diante do entendimento de que a declaração de não-recepção dispensa a reserva de Plenário”. **O afastamento do diploma, continua a autora, deu-se tanto para período anterior à Carta de 1988 como para período após a sua vigência.** Com efeito, destaca que, nos autos do processo principal, questiona-se período de janeiro de 1988 em diante. Menciona que o presente caso não afronta o decidido pelo Supremo Tribunal Federal no AI nº 735.933/RS-RG, ocasião em que se reconheceu como de natureza infraconstitucional o debate relativo à forma de atualização monetária para a devolução do empréstimo compulsório da ELETROBRÁS (tema 319). Aduz que, em seu recurso extraordinário **não busca a reforma do acórdão do Tribunal regional, mas sim a sua anulação, para que julgue novamente o feito, aplicando o art. 2º, § 1º, do Decreto-lei nº 1.512/76, ou submeta-o à Corte Especial.** Destaca que apresentou, no apelo extraordinário, manifestação acerca da existência de repercussão geral da matéria: “a relevância econômica supera de longe os dois bilhões de reais”; quanto à relevância social, afirma que “indevida descapitalização da ELETROBRÁS –

AC 3761 MC / PE

empresa de capital majoritariamente público – vem em prejuízo de todos os usuários do sistema elétrico”. Ademais, defende a revisão da tese fixada no AI nº 735.933/RS, caso se entenda que o presente feito esteja por ele abarcado. No tocante ao mérito do apelo extremo, colhe precedentes desta Corte no sentido de inexistir direito constitucional à correção monetária e de ser incabível ao Poder Judiciário, na ausência de lei ou de norma constitucional, conceder a atualização, ainda que em homenagem aos princípios da isonomia e do não-confisco.

No que diz respeito ao **periculum in mora**, defende que, na falta de liminar, “novos pagamentos precoces se imporão à Requerente, alguns de valores elevadíssimos e todos de difícil recuperação na hipótese de acolhimento de suas teses pelo STF”. Justifica que o dano é mais grave quando se leva em “consideração a fase por que passa a empresa, de perda de capacidade financeira por razões diversas, dentre as quais a notória hídrica, com efeitos deletérios também sobre o mercado de energia elétrica”.

Decido.

Tenho por configurados os requisitos para a concessão, em parte, da medida liminar.

De início, observo que a tese de desrespeito a regra do art. 97 da Constituição - suscitada no recurso extraordinário que originou o pedido de cautela – é questão preliminar que não se aproxima da orientação fixada por esta Corte quando do julgamento do AI nº 735.933/RS, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 6/12/10, submetido à sistemática da repercussão geral. No apelo extraordinário aviado nos autos principais aponta-se, sob ótica diversa do precedente mencionado, afronta à cláusula de reserva de plenário, tendo em vista o alegado afastamento art. 2º, **caput** e § 1º, do Decreto-lei nº 1.512/76 em razão dos princípios da isonomia e do não-confisco.

Na espécie, a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, ao valer-se da orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.028.592/RS, adotando seus fundamentos, acabou por declarar a incompatibilidade do citado dispositivo com os preceitos da

AC 3761 MC / PE

Constituição de 1988, reproduzidos na Carta emendada de 1969. Com efeito, o voto condutor do mencionado recurso especial afastou a aplicação do art. 2º, **caput** e § 1º, do Decreto-lei nº 1.512/76 com base na incompatibilidade dessa norma legal com os **princípios da isonomia e do não-confisco**, sem, no entanto, apoiar-se em precedentes de sua Corte Especial ou mesmo do Supremo Tribunal Federal. Reparo, ainda, que o órgão fracionário do Tribunal Regional da 5ª Região igualmente não fez qualquer referência a julgado de seu Pleno ou órgão especial ou da Suprema Corte. Por esclarecedor, cito trecho do voto condutor do recurso especial paradigma:

“Veja-se que o art. 2º do Decreto-lei 1.512/76 apenas estabelece que o crédito ficaria constituído em 1º de janeiro do ano seguinte determinando no seu § 1º, que a correção seria feita na forma do art. 3º da Lei 4.357/64, ou seja, anualmente, com base na variação do poder aquisitivo da moeda nacional, entre o mês de dezembro do último ano e a média anual de cada um dos anos anteriores. Mas isso não pode significar que deveria ser expurgada a correção monetária de período inferior a um ano.

De fato, inexistente motivo para se excluir a correção monetária no período decorrido entre a data do recolhimento e o 1º dia do ano subsequente, porquanto, como antes dito, **se nos débitos fiscais havia previsão de aplicação de correção monetária trimestralmente (art. 7º, § 1º, da Lei 4.357/64), não se pode conceber que o crédito do particular adotasse critério diverso** para períodos inferiores a um ano.

(...)

Em conclusão: da data do recolhimento até o primeiro dia do ano seguinte a correção monetária deve obedecer à regra do art. 7º, § 1º, da Lei 4.357/64 e, a partir daí, ao critério anual previsto no art. 3º da mesma lei.

Além disso, **em nome do princípio do não-confisco**, o STJ vem, há muito, determinando a incidência da CORREÇÃO MONETÁRIA PLENA, incluindo-se os expurgos inflacionários, o que não importa ofensa ao art. 3º da Lei 4.357/64”

AC 3761 MC / PE

É de se admitir, portanto, juízo de plausibilidade na tese suscitada. O Tribunal de origem, embora sem declarar expressamente afastou a incidência do Decreto-lei nº 1.512/76, para períodos anteriores e posteriores à atual Constituição, sob fundamentos constitucionais, sem submeter ao órgão especial ou ao Plenário, como exigia o art. 116 da Carta emendada de 1969 e o art. 97 da Constituição de 1988.

No que se refere ao período posterior à Constituição de 1988, observo que a matéria atinente à necessidade de observância da cláusula de reserva de plenário, contida no art. 97 da Constituição de 1988, quando for o caso de negar aplicação de norma anterior à Constituição está pendente de análise pelo Supremo Tribunal Federal. A Corte, ao examinar o AI nº 838.188/RS, posteriormente convertido no RE nº 660.968/RS, Relator o Ministro **Celso de Mello**, concluiu pela existência da repercussão geral da matéria constitucional versada, o que, por si só, já denota a relevância da discussão e mesmo a amplitude da controvérsia que lhe é subjacente. Nesse sentido: AC nº 2.855/SP-MC-REF, Primeira Turma, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, DJe de 5/6/14; AC nº 3.173/SP-MC-REF, Segunda Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 10/5/13; AC nº 1.708/RS-MC-REF, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 6/9/12. O assunto corresponde ao tema 441 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na **internet** e trata da “exigência da regra constitucional da reserva de plenário para afastar a aplicação de norma anterior à Constituição Federal de 1988”.

Quanto ao **periculum in mora**, resta evidenciada sua notoriedade, pois, como alega a requerente, na falta de liminar “novos pagamentos precoces se imporão à Requerente, alguns de valores elevadíssimos e todos de difícil recuperação na hipótese de acolhimento de suas teses pelo STF”, acarretando efeitos deletérios a sua capacidade financeira e ao mercado de energia elétrica.

Vale ressaltar que não se deve avançar em outros aspectos, sob pena de se debater o tema de fundo – o **dies a quo** da atualização monetária do crédito nascido para o contribuinte em razão do pagamento do empréstimo compulsório da ELETROBRÁS. Por tal razão, não se mostra

AC 3761 MC / PE

possível conferir medida liminar para sobrestar todos os processos em curso que tenham por objeto a mesma discussão tratada nos autos principais, como requer a autora.

Sem me comprometer de pronto com quaisquer das teses expostas pela requerente, entendo caracterizada a situação excepcional que permite a esta Suprema Corte conceder temporária e precária medida de urgência, que poderá ser confirmada ou rejeitada pelo órgão dotado de competência originária.

Ante o exposto, concedo parcialmente a medida liminar pleiteada para dar efeito suspensivo ao recurso extraordinário (RE nº 765.346/PE-AgR).

Apense-se a presente ação cautelar ao RE nº 765.346/PE, juntando-se cópia da decisão naqueles autos.

Publique-se. Int..

Brasília, 15 de dezembro de 2014.

Ministro DIAS TOFFOLI

Relator

Documento assinado digitalmente