IMPOSTO — INCONSTITUCIONALIDADE — RETROATIVIDADE

— A declaração de inconstitucionalidade não é meramente declaratória, mas constitutiva negativa, com eficácia retroativa.

— Cabe a correção monetária de parcelas do imposto territorial rural indevidamente retidas.

TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS

Prefeitura Municipal de Bom Sucesso *versus* Incra
Apelação Cível nº 88.462 — Relator: Sr. Ministro
SEBASTIÃO ALVES DOS REIS

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Quinta Turma do Tribunal Federal de Recursos, por unanimidade, negar provimento ao recurso do réu e prover parcialmente o recurso da autora, nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de março de 1984 (data de julgamento). *Moacir Catunda,* Presidente. *Sebastião Alves dos Reis,* Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis: Prefeitura Municipal de Bom Sucesso ajuíza a presente ação, sob procedimento ordinário, contra o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), pleiteando a nulidade da retenção da parcela do imposto territorial rural (ITR), em face da afronta à Constituição federal dos dispositivos constantes do art. 85 do CTN e Decreto-lei nº 57/66, invocando, no particular, jurisprudência do Alto Pretório.

Respondeu o Incra, opondo que a simples declaração de inconstitucionalidade não importa na ineficácia dos dispositivos legais, enquanto não se pronunciar o Senado Federal, por força do art. 42 da Lei Maior, e, que a mesma só se projeta para o futuro, sustentando, ainda, a aplicação à espécie do instituto da prescrição qüinqüenal.

O culto magistrado Fernando Gonçalves, às fls. 33-6, julgou procedente a ação, condenando o réu na devolução pedida, observada a prescrição qüinqüenal, com acréscimo de juros de mora, contados da citação, correção monetária, na forma da Lei nº 6.899/81 e honorários de advogados de 10% sobre o valor de uma prestação anual (art. 20, § 3º, c/c o 26º, ambos do CPC).

Apelam a autora e o réu e com as respostas recíprocas, neste Tribunal, dispensei parecer e revisão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis (Relator): A autora-apelante insurge-se contra a aplicação da prescrição qüinqüenal ressalvada, pretende juros de mora, e correção monetária, a partir das retenções, bem como a elevação do percentual da honorária e alteração da base de cálculo; recorre, também, o Incra, reportando-se à tese deduzida na inicial, pedindo a improcedência da ação.

No concernente à controvérsia básica — direito de retenção da parcela de 20% — inicialmente, é de assentar-se que o Alto Pretório, multiplicadas vezes já se pronunciou pela inconstitucionalidade dos arts. 4º e 85, § 3º do Decreto-lei nº 57/66 e Lei nº 5.172/66, em face do disposto nos arts. 24, §§ 1º e 3º, e 21-III da Constituição federal (RE n.os 91.318-8, 97.386-9, 97.387-7, 97.392-2, 97.416-4, 97.525-0 e 97.395-8, os primeiros, publicados no *DJ* de 7.12.82 e o último, *DJ* de 11.2.83, p. 928); outrossim, consoante Resolução nº 337 (*DO*, 20.9.83), o Senado Federal suspendeu a execução respectiva dos dispostivos legais dados como inconstitucionais, no uso da competência outorgada no item VII do art. 42 da Lei Maior.

No atinente ao segundo desdobramento da divergência — efeitos jurídicos da decretação de inconstitucionalidade — a douta decisão recorrida, forte nos precedentes tomados no RE nº 97.394 (rel. Min. Cordeiro Guerra) e RE nº 79.343 (rel. Min. Leitão de Abreu), sufragou a tese da sua eficácia *ex tunc*, quer a decisão seja de natureza declaratória ou constitutiva, quando *inter partes*.

De feito, no particular do debate, a orientação hoje vitoriosa no Alto Pretório é no sentido da eficácia retrooperante *inter partes* da decisão que pronuncia a inconstitucionalidade de lei, filiada ao pensamento de Kelsen (*Teoria pura do direito*, II/149), no sentido de que não há normas jurídicas nulas mas anuláveis, com efeito *ex nunc* ou *ex tunc* conforme o caso.

Foi essa a tese que prevaleceu nos julgamentos trazidos à colação na sentença, em especial, no aresto relatado pelo Ministro Leitão de Abreu, onde se fixou a natureza constitutiva da decisão em causa, com fulcro explícito em Kelsen (*RTJ*, 82/791), afastando-se, assim, da doutrina tradicional que via, na espécie, hipótese de ato nulo ou írrito, de ineficácia do ato legislativo pela recusa dos tribunais em aplicá-lo ao caso concreto (Lúcio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, p. 133).

A orientação do Pretório Excelso tem também o apoio de autorizado comentarista da Constituição federal vigente, como se vê em Manuel Gonçalves Ferreira Filho (*Comentário à Constituição Brasileira*, 1-225):

"De fato, o ato inconstitucional não é nulo ou írrito como quer a doutrina tradicional. Conforme ensina Kelsen (*Teoria pura do direito*, v. 2, p. 149), não pode existir numa ordem jurídica algo como a nulidade. As normas jurídicas podem ser anuláveis, havendo, porém, vários graus de anulabilidade. Assim, uma norma pode ser anulada com efeitos para o futuro, permanecendo intocados os efeitos já produzidos; é a anulação *ex nunc*. Ou — prossegue Kelsen — pode ser 'anulada com efeito retroativo, por forma que os efeitos jurídicos que ela deixou atrás de si sejam destruídos' (ibid.); é a anulação *ex tunc*. É este o caso da decisão judicial de inconstitucionalidade. Ela opera uma anulação *ex tunc*. Não é, portanto, meramente declaratória e sim constitutiva negativa. Anula um ato até então válido.

Essa é a tese compatível com a suspensão da execução da lei ou do decreto que a Constituição prevê. Esta retira a eficácia da norma, o que significa esvaziá-la completamente, tanto quanto se fosse ela revogada pelo processo legislativo."

Por igual, esta egrégia Turma já teve ensejo de enfrentar o tema, através de douto voto proferido pelo Presidente Moacir Catunda, tomado na AC nº 87.429 (sessão de 27/2 de fevereiro de 1984), versando idêntica argüição, formulada pelo mesmo Incra.

Paralelamente, cabe a prescrição qüinqüenal decretada, quanto às retenções compreendidas no período próprio, pois, assim nos precedentes invocados como aqui e agora se cuida de decisões *inter partes, in concreto,* impondo-se a afirmação do direito, pelo sujeito ativo a aplicação do princípio da *actio nata,* da existência de ação exercitável, e o castigo da negligência do seu titular.

No alusivo ao *dies a quo,* pertinente a juros de mora, não pode ser acolhida a pretensão da autora de seu recuo para a data das retenções, prevalecendo o critério geral adotado na sentença.

No relativo ao termo inicial para a correção monetária, havendo a autora pleiteado, na inicial, como *dies a quo* o da retenção indevida, dou provimento, nesse ponto, ao recurso da autora para adotar a orientação acolhida na AC nº 85.909, com fulcro na Súmula nº 46, deste Tribunal, de que fui relator, ementada nesses termos (*DJ,* de 15.12.83):

"Constitucional e tributário. Imposto territorial rural. Retenção pelo Incra de 20% da arrecadação. Correção monetária.

A jurisprudência deste Tribunal, em reiterados e uniformes pronunciamentos, fixou-se no sentido de que *in casu* a correção se legitima a partir das retenções indevidas, por assemelhação do princípio adotado na restituição do indébito fiscal, orientação sedimentada antes da vigência da Lei nº 6.899/81, compreensão que tem por si precedentes do Alto Pretório.

Deu-se provimento ao recurso voluntário."

Aliás, o Alto Pretório no RE nº 99.869 (*DJ* de 2.9.83, p. 13.146, relator o eminente Ministro Aldir Passarinho) fixou, com nitidez, o posicionamento próprio, conforme ementa abaixo:

"Correção monetária — Incidência — Lei nº 6.899/81.

Se a correção monetária deve incidir sobre o débito em decorrência tão somente da Lei nº 6.899/81, ela há de fazer-se a contar da data da vigência de tal diploma legal.

Os casos de incidência da correção monetária a contar da data anterior à referida lei são aqueles para os quais havia lei expressa, determinando-a ou quando a jurisprudência já consagrara o princípio. A respeito, como quando se tratava de dívida de valor, ou, então pela regra da analogia como na hipótese de repetição de indébito tributário. Recurso extraordinário conhecido e provido."

Ressaltem-se outros precedentes da Corte Suprema, no particular, tais como, RE nº 94.903 — *RTJ,* 103/1220; RE nº 95.179 — *RTJ,* 99/551; RE nº 97.201 — *DJ,* de 22.4.83; RE nº 94.808 — *DJ,* 11.6.82; RE nº 99.115 — *RTJ,* 106/845.

Por fim, mantenho o percentual da honorária, mas determino que sua base de cálculo seja o valor da condenação, como pedido na inicial (art. 259, I e 260, primeira parte do CPC).

Pelo exposto, dou provimento parcial ao recurso da autora, apenas para mandar fluir a correção monetária a partir da data das retenções indevidas e incidir a honorária advocatícia sobre o valor da condenação; improvida a apelação do Incra.

EXTRATO DA ATA

AC nº 88.462-MG (5600448) — Rel.: Sr. Ministro Sebastião Alves dos Reis — Aptes.: Prefeitura Municipal de Bom Sucesso e Incra — Apdos.: os mesmos. Advs.: Paulo Roberto Teixeira Ludolf de Mello e Eurico Vieira Carneiro e outro.

Decisão: por unanimidade, negou-se provimento ao recurso do réu, e proveu-se parcialmente o recurso da autora, nos termos do voto do relator (5.ª Turma em 12.3.84).

Votaram de acordo com o relator, os Srs. Ministros Pedro Acioli e Geraldo Sobral.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Moacir Catunda.