

VOTO

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA (RELATOR):

1. Após detida análise das peças processuais aportadas neste feito, reputo que o agravo regimental, e-doc. 46, não merece provimento, devendo a decisão do eminente Ministro Marco Aurélio ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

2. A arguição de descumprimento de preceito fundamental tem por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público ou de controvérsia constitucional relativa a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anterior à Constituição, nos termos da Lei nº 9.882, de 1999.

3. Contudo, não é o fato de o objeto consistir em ato normativo pré-constitucional que levou o e. Ministro Marco Aurélio a negar seguimento a este feito. De plano, verifico que a irrisignação do Governador do Estado do Paraná, ora recorrente, cinge-se à utilização do Decreto nº 640, de 2 de março de 1962, do Conselho de Ministros, como recurso argumentativo no REsp nº 842.270/RS, de relatoria do então Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Fux, com acórdão redigido pelo Ministro Castro Meira, julgado sob o rito dos recursos repetitivos na Primeira Sessão do Tribunal da Cidadania, presidida pelo ora Ministro do STJ Teori Zavascki .

4. Na verdade, da leitura atenta desse julgado, verifico que o argumento atinente ao Decreto nº 640, de 1962, não constou sequer no voto do e. Ministro Fux, pois esse se baseou unicamente na Lei Kandir (Lei Complementar nº 87, de 1996) e na jurisprudência do próprio STJ. O ato normativo ora impugnado somente veio a calhar no referido julgamento como *obiter dictum* no voto-vista do saudoso Ministro Hamilton Carvalhido **na forma de simples reforço argumentativo** :

“Por fim, oportuno destacar, ainda, que os serviços de telecomunicações podem ser equiparados à indústria básica, em face do que dispõe o artigo 1º Decreto nº 640/62 (‘Art. 1º Os serviços de telecomunicações, para todos os efeitos legais, são considerados

indústria básica, de interesse para o fomento da economia do país e de relevante significação para a segurança nacional’).”

5. Posteriormente, o Decreto nº 640, de 1962, tomou centralidade nas manifestações dos julgadores que acompanharam o voto do Ministro Luiz Fux, a começar pelo voto-vista do Ministro Castro Meira, que terminou indicado como Redator do acórdão, cuja ementa transcrevo:

“TRIBUTÁRIO. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. ENERGIA ELÉTRICA. CREDITAMENTO. POSSIBILIDADE. ART. 33, II, "B", DA LC 87/96. DECRETO 640/62. EQUIPARAÇÃO À INDÚSTRIA BÁSICA PARA TODOS OS EFEITOS LEGAIS. VALIDADE E COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO ATUAL. ORDEM EM MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDA. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. O art. 1º do Decreto n.º 640/62, que equiparou, para todos os efeitos legais, os serviços de telecomunicação à indústria básica, é compatível com o ordenamento jurídico vigente, em especial com a Lei Geral de Telecomunicações, com o Regulamento do IPI e com o Código Tributário Nacional.

2. O art. 33, II, "b", da LC 87/96 autoriza o creditamento do imposto incidente sobre energia elétrica quando ‘consumida no processo de industrialização’. Como o art. 1º do Decreto 640/62 equipara, para todos os efeitos legais, a atividade de telecomunicações ao processo industrial, faz jus a impetrante ao creditamento pretendido.

3. Segundo a regra do art. 155, II, da CF/88, o ICMS comporta três núcleos distintos de incidência: (i) circulação de mercadorias; (ii) serviços de transporte; e (iii) serviços de comunicação.

4. O princípio da não cumulatividade, previsto no § 2º do art. 155 da CF/88, abrange os três núcleos de incidência, sem exceção, sob pena de tornar o imposto cumulativo em relação a um deles.

5. No caso dos serviços de telecomunicação, a energia elétrica, além de essencial, revela-se como único insumo, de modo que impedir o creditamento equivale a tornar o imposto cumulativo, em afronta ao texto constitucional.

6. O art. 33, II, da LC 87/96 precisa ser interpretado conforme a Constituição, de modo a permitir que a não cumulatividade alcance os três núcleos de incidência do ICMS previstos no Texto Constitucional, e não apenas a circulação de mercadorias, vertente central, mas não única da hipótese de incidência do imposto.

7. O ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida pelas empresas de telefonia, que promovem processo industrial por equiparação, pode ser creditado para abatimento do imposto devido quando da prestação dos serviços.

8. Recurso especial não provido.”

6. Sendo assim, com as devidas vênias, o requerente almeja utilizar a nobre via da ADPF como sucedâneo recursal ou ação rescisória para fins de reverter um precedente fixado pelo STJ no legítimo exercício de sua competência constitucional, isto é, uniformizar a interpretação da legislação federal. Cumpre dizer que essa utilização da arguição é amplamente rejeitada pela jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal. Confirmam-se os seguintes julgados:

“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. IMPUGNAÇÃO A ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. **UTILIZAÇÃO DA ADPF COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. INOBSERVÂNCIA DO REQUISITO DA SUBSIDIARIEDADE** . DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. 1. O cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental será viável desde que haja a observância do princípio da subsidiariedade, que exige o esgotamento de todas as vias possíveis para sanar a lesão ou a ameaça de lesão a preceitos fundamentais, ou a verificação, ab initio, de sua inutilidade para a preservação do preceito. Precedentes desta CORTE. 2. **A existência de outros meios idôneos ao enfrentamento da lesão constitucional alegada pelo Agravante, em razão dos quais se mostra desatendido o requisito da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999), inviabiliza o imediato acesso à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** . Precedentes. 3. Arguição ajuizada com propósito de revisão de decisões judiciais. Não cabimento da ADPF como sucedâneo recursal. 4. Agravo Regimental a que se nega provimento.”

(ADPF nº 891-AgR/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 23/05/2022, p. 31/05/2022; grifos acrescidos).

“EMENTA: AGRAVO INTERNO EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. SUBSIDIARIEDADE. DESPROVIMENTO. 1. Embora esta Corte venha, de fato, admitindo o cabimento de ADPF contra interpretações judiciais de que possam resultar lesão a preceito fundamental, essa compreensão deve ser conjugada aos demais requisitos formais da

ADPF, dos quais se destaca precisamente a subsidiariedade enquanto condição preliminar qualificada do interesse processual. 2. A questão controversa encontra-se devidamente devolvida ao Supremo Tribunal Federal por meio de Recurso Extraordinário, não servindo a ADPF a sanar lesões individuais e concretas. 3. A existência de outros meios idôneos ao enfrentamento da lesão constitucional alegada pelo Agravante inviabiliza o imediato acesso à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, revelando desatendido o requisito da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999). Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(ADPF nº 950-AgR/DF, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 04/07/2022, p. 14/09/2022).

“Ementa: CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DECISÃO DO PRESIDENTE DO STJ QUE PERMITE O PROSSEGUIMENTO DAS OBRAS NAS QUADRAS 500 DO SUDOESTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA A PRECEITOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL RELACIONADOS AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REQUISITO DA SUBSIDIARIEDADE. DESCUMPRIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A possibilidade de impugnação recursal à decisão objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em causa – proferida pelo Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça, nos autos da Suspensão de Liminar e de Sentença 2.558/DF – caracteriza a existência de outro meio idôneo ao enfrentamento da lesão alegada pelo agravante de mesma abrangência e eficácia que a ADPF perante o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em razão do que se mostra desatendido o requisito da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999). Precedentes. 2. Agravo regimental conhecido e desprovido.”

(ADPF nº 617-AgR/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 29/11/2019, p. 18/12/2019).

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – POSTULADO DA SUBSIDIARIEDADE – INOBSERVÂNCIA – INVIABILIDADE DE REFERIDA AÇÃO CONSTITUCIONAL – DOUTRINA – PRECEDENTES – POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO, MEDIANTE ADPF, DE DECISÕES JUDICIAIS, DESDE QUE NÃO TRANSITADAS EM JULGADO – CONSEQUENTE Oponibilidade da coisa julgada em sentido material à ADPF – PRECEDENTE – O SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA “RES JUDICATA” – RELAÇÕES ENTRE A COISA JULGADA MATERIAL E A CONSTITUIÇÃO – RESPEITO PELA AUTORIDADE DA COISA JULGADA MATERIAL, MESMO QUANDO A DECISÃO TENHA

SIDO PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ADPF: AÇÃO CONSTITUCIONAL QUE NÃO DISPÕE DE FUNÇÃO RESCISÓRIA – EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA JUDICIAL RELEVANTE CARACTERIZADA POR JULGAMENTOS CONFLITANTES DE ÓRGÃOS JUDICIÁRIOS DIVERSOS: PRESSUPOSTO NECESSÁRIO E ESSENCIAL AO VÁLIDO AJUIZAMENTO DA ADPF – AUSÊNCIA, NO CASO, DE QUALQUER ESTADO DE INCERTEZA OU DE INSEGURANÇA NO PLANO JURÍDICO, NOTADAMENTE PORQUE JÁ DIRIMIDO O DISSENSO INTERPRETATIVO PELO STF – FORMULAÇÃO, NA ESPÉCIE, DA SÚMULA 652/STF – DOCTRINA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.”

(ADPF nº 249-AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 13/08/2014, p. 1º/09/2014).

7. Ademais, pela simples e imediata visada do decreto em questão, percebe-se que, nem de longe, ele tem pretensões de instituir isenções fiscais heterônomas ou influir na tributação das telecomunicações. Na verdade, no contexto da experiência parlamentarista brasileira (1961-1962), o ato em questão elege o setor de telecomunicações como alvo prioritário da intervenção do Estado na economia, por considerá-lo estratégico, à luz de um paradigma econômico desenvolvimentista. Somente isso. Assim, atribui deveres e faculdades ao Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico em relação a esse mercado.

8. Em síntese, no caso dos autos, considero que a petição inicial é inepta, porquanto da narração dos fatos não decorre logicamente a conclusão almejada (art. 330, inc. I, e § 1º, inc. III, do Código de Processo Civil). Com efeito, entendo ter **procedido de forma escorreita meu antecessor na relatoria deste feito, ao indeferi-la liminarmente, tendo em vista a existência de expresse amparo legal para tanto** (art. 4º, *caput*, da Lei nº 9.882, de 1999).

9. Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental** .

É como voto.

Ministro **ANDRÉ MENDONÇA**

Relator

Plenário Virtual - minuta de voto - 21/10/2022 00:00