



Primeira Turma

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 29.686-RS
(2009/0106475-2)**

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Recorrente: Alberto Carvalho

Advogado: Hermann Homem de Carvalho Roenick e outro(s)

Recorrente: Miguel Oliveira Figueiró

Advogado: Angelita Rizzi Figueiro

Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul

Procurador: Luiz Fernando Lemke Krieger e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Serviços notariais e de registro. Atividade desenvolvida em caráter privado após a CF/1988. Vinculação de tabeliães a regime previdenciário próprio dos servidores públicos e percepção de vencimentos e vantagens pagas pelos cofres públicos.

Hipótese sem que os recorrentes, em recursos distintos, insurgem-se contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça, que determinou a imediata cassação do pagamento de vantagens pecuniárias, bem como a desvinculação junto ao regime previdenciário do Estado. Para tanto, alegam direito adquirido, fundamentado nos artigos 5º, XXXVI e LXXVII, § 2º, da CF/1988, art. 3º, da EC n. 20/1998 e art. 3º, § 2º, da EC n. 41/2003, além do art. 40, § único e 51, da Lei n. 8.935/1994.

Recurso de Alberto Carvalho:

1. Consoante orientação firmada por esta Corte Superior de Justiça, é extemporâneo o recurso, aqui entendido na sua forma genérica, interposto, quer por uma, quer por outra parte, antes do julgamento dos embargos de declaração opostos, em que não haja posterior ratificação.

2. Não tendo havido a referida reiteração no caso dos autos, não há como afastar a incidência, por analogia, do Enunciado n. 418 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe: “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação

do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.”
Precedentes: AgRg no RMS n. 32.391-SC, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 2.12.2010; EDcl no RMS n. 17.980-RS, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 19.10.2009; EDcl no RMS RMS n. 27.697-PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 1º.9.2010.

3. Recurso ordinário não conhecido.

Recurso de Miguel Oliveira Figueiró:

1. Em face da nova interpretação constitucional, de que a equiparação dos notários e registradores a servidores públicos somente ocorreu na vigência da redação original da Constituição Federal de 1988 (antes da EC n. 20/1998), e, ainda assim, apenas para fins de incidência da regra da aposentadoria compulsória, é de se entender que somente tem direito à manutenção do regime jurídico dos servidores públicos os notários/registradores cuja posse no cargo seja anterior à CF/1988 e que tenham implementado os requisitos à aposentadoria antes das modificações implementadas pela EC n. 20/1998.

2. Não obstante o preenchimento de tais exigências, o recorrente, instado pela Administração para se manifestar, optou pela manutenção do regime próprio de previdência, sem a submissão da aposentadoria compulsória.

3. O artigo 32 do ADCT não assegura cumulação de regimes jurídicos distintos. É inviável conceber-se a hipótese de que os notários e registradores possam auferir direitos exclusivos dos servidores públicos, e ao mesmo tempo, não se submeter às restrições constitucionais impostas a toda categoria (inativação compulsória aos 70 anos de idade). O acolhimento dessa pretensão consagraria um regime jurídico misto ou especial para os titulares dessas serventias, o qual não encontra respaldo na lei. Precedentes: RMS n. 30.378-RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 30.8.2011; AgRg no AREsp n. 30.030-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11.11.2011; RMS n. 28.650-RS, Rel. p/ Acórdão Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 5.8.2010; AgRg no Ag n. 1.409.250-RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 2.2.2012.

4. Recurso ordinário não 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, não conhecer do recurso ordinário em mandado de segurança de Alberto Carvalho e negar provimento ao de Miguel Oliveira Figueiró, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 7 de agosto de 2012 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 13.8.2012

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Tratam-se de recursos ordinários em mandado de segurança interpostos por Alberto Carvalho e Miguel Oliveira Figueiró contra acórdão proferido pelo Órgão Especial do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, por maioria, denegaram a ordem, nos seguintes termos do voto vencedor (fls. 289-290):

Denego a segurança na linha de pronunciamentos anteriores a respeito da matéria. Não há que se falar em direito líquido e certo em face de regime jurídico especial, ao qual estão vinculados registradores e notários. Não se pode conviver, de forma simultânea, sob as benesses de um e outro sistema, sem que haja opção por um deles. Direito adquirido pressupõe a existência de direito subjetivo incorporado ao patrimônio do sujeito, que não subsiste em havendo expressa renúncia, como é o caso dos autos. Ou seja, os impetrantes pretendem continuar percebendo emolumentos, mas não abrem mão de seguirem percebendo vantagens dos cofres públicos. Data vênua, isso não é possível. Não é o curso do tempo que convalida o ilícito. Houve, em repetidas oportunidades, chance de opção aos impetrantes, que, de forma implícita ou explícita, seguiram no regime privatizado de custas. A renúncia não permite se cogitar de decadência administrativa, tampouco suscitar o princípio da segurança jurídica.

Ainda, quanto ao regime previdenciário, a Lei n. 8.935/1998, assegurou-lhes a manutenção no sistema, desde que sujeitos a ele. Vale dizer, submetidos à aposentadoria compulsória e às demais regras específicas do regime jurídico dos servidores públicos. Não é o que pretendem os impetrantes, que buscam estar no

“melhor dos mundos”, com as vantagens de cada sistema, imune às restrições nele impostas.

Com estas breves considerações, estou votando pela denegação da segurança.

Desse desate, Miguel Oliveira Figueiró, na qualidade de litisconsorte ativo, opôs embargos de declaração, que restaram rejeitados, conforme acórdão de fls. 440-442.

Na mesma data, Alberto Carvalho interpôs recurso ordinário em mandado de segurança, aduzindo que, na condição de Tabelião nomeado em data anterior à Constituição Federal, tem direito líquido e certo de continuar percebendo, na integralidade, as vantagens pecuniárias (gratificações e quinquênios) e de permanecer vinculado ao regime previdenciário próprio, do Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul, situação suprimida pelo ato manifestamente ilegal da autoridade coatora.

Defende que o seu direito está amparado pelo artigo 5º XXXVI, da CF, que protege situações adquiridas e incorporada ao patrimônio pessoal, e artigos 40, parágrafo único e 51 da Lei n. 8.935/1994, que garantem ao impetrante a estabilidade da situação vigente à época de sua publicação, tanto no que se refere à percepção das vantagens pecuniárias, como na continuidade da vinculação à previdência própria, podendo se aposentarem quando bem entender.

Afirma que “não houve qualquer opção que significasse renúncia ao direito adquirido e incorporado de receber as vantagens pecuniárias e nem pedido de desvinculação do sistema previdenciário local” (fls. 375), bem como que “somente os admitidos após 20 de novembro de 1994 (véspera da publicação da Lei n. 8.935/1994) é que estariam vinculados à Previdência Social Federal, permanecendo os anteriores vinculados à legislação previdenciária que até então mantinham (Ipergs)” (fls. 376).

Por fim, aduz que há de se reconhecer a decadência administrativa, visto que o STJ possui entendimento firmado no sentido de que o prazo decadencial de cinco anos para a Administração rever seus atos, nos termos do artigo 54 da Lei n. 9.784/1999, deve ser aplicado no âmbito estadual, quando ausentes normas específicas.

Por sua vez, Miguel Oliveira Figueiró, após a rejeição dos embargos declaratórios, apresentou recurso ordinário alegando que é inegável o seu direito de permanência no regime próprio de previdência social do Estado, com todas as vantagens temporais incorporadas ao seu patrimônio jurídico,

posto que, quando do advento da EC n. 20/1998, já havia implementado todos os requisitos para a aposentadoria integral, consoante certidão de fls. 173, fornecida pelo Departamento Pessoal do TJRS, relativa ao tempo de serviço e contribuição previdenciária.

Prossegue afirmando que fez repetidas opções pela permanência no regime próprio, tempestivamente protocoladas, tendo o seu direito amparado pelo artigo 5º, XXXVI e LXXVIII, § 2º e 3º, da EC n. 41/2003, assim como na jurisprudência do STF e STJ.

O Estado do Rio Grande do Sul apresentou contrarrazões às fls. 464-478, requerendo o improvimento do presente recurso, mediante os seguintes argumentos: i) “o impetrante, consoante a Constituição Federal em vigor, a legislação própria, a decisão preferida na ADI n. 2.602, e toda a fundamentação posta no Parecer da Assessoria Especial do TJRS, exercer atividade profissional que não o enquadra na definição de servidor público, tendo expressamente renunciado ao regime anterior”, de modo que “não há embasamento legal para a manutenção dos pagamentos das vantagens pelos cofres públicos, nem do vínculo como Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos” (fls. 475); ii) inexistente lei no Estado do Rio Grande do Sul fixando prazo para a Administração revisar seus atos nulos, aplicando-se, no caso, o disposto na Súmula n. 473-STF; iii) o STF há muito já vem afirmando que não há direito adquirido a regime jurídico; e iv) haverá compensação financeira entre os valores que foram pagos pelo autor ao Ipergs e o INSS.

O Ministério Público Estadual proferiu parecer às fls. 480-480v, opinando pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, para manter, exclusivamente, a vinculação do recorrente com o Ipergs.

O Ministério Público Federal, em seu parecer de fls. 484-489, opinou pelo desprovimento do recurso, nos termos da seguinte ementa:

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Notários. Regime de aposentadoria. Ausência de direito líquido e certo.

1 - “O direito invocado, para ser amparado, há que vir expresso em norma legal, e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante. Ausentes estes, não se reconhece a ilegalidade reclamada”. Precedentes STJ.

2 - Parecer pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Como visto, os recorrente, em recursos distintos, insurgem-se contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça, que determinou a imediata cassação do pagamento de vantagens pecuniárias, bem como a desvinculação junto ao regime previdenciário do Estado, alegando direito líquido e certo, em razão da existência de direito adquirido, fundamentado nos artigos 5º, XXXVI e LXXVII, § 2º, da CF/1988, art. 3º, da EC n. 20/1998 e art. 3º, § 2º, da EC n. 41/2003, além do art. 40, § único e 51, da Lei n. 8.935/1994.

1. Em relação ao recorrente *Alberto Carvalho*, tenho que o recurso não merece ser conhecido, em face da sua intempestividade.

É que, emerge dos autos que a o acórdão proferido pelo TJRS foi publicado em 23.1.2009 (fls. 344), sendo que, desse desate o recorrente Alberto Carvalho interpôs recurso ordinário (fls. 360-398), e, na mesma data, o litisconsorte ativo, Miguel Oliveira Figueiró, opôs embargos de declaração (fls. 347-354). Com a rejeição dos aclaratórios às fls. 440-442, cuja publicação ocorreu em 14.4.2009 (fls. 444), Miguel Figueiró apresentou recurso ordinário (fls. 447-454 - 22.4.2009), sendo que o recurso outrora interposto pelo recorrente Alberto Carvalho não foi reiterado após o julgamento e publicação do acórdão dos embargos de declaração.

Com efeito, consoante orientação firmada por esta Corte Superior de Justiça, é extemporâneo o recurso, aqui entendido na sua forma genérica, interposto, quer por uma, quer por outra parte, antes do julgamento dos embargos de declaração opostos, em que não haja posterior ratificação.

Assim, não tendo havido a referida reiteração no caso dos autos, não há como afastar a incidência, por analogia, do Enunciado n. 418 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe: “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.”

Nesse sentido são os seguintes precedentes desta Corte:

Agravo regimental em recurso ordinário em mandado de segurança. Ratificação do recurso interposto antes do julgamento dos embargos de declaração. Obrigatoriedade. Agravo improvido.

1. “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.” (Súmula do STJ, Enunciado n. 418).

2. Agravo regimental improvido (AgRg no RMS n. 32.391-SC, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 2.12.2010).

Embargos declaratórios. Reconhecimento de omissão do julgado embargado. Matéria de ordem pública. Requisito de admissibilidade do recurso. Concessão de efeitos infringentes. Apelo ordinário intempestivo e não conhecido.

1. Os embargos declaratórios constituem a via adequada para sanar omissões, contradições, obscuridades ou erros materiais do decisório embargado, e nesse desiderato, mostra-se admissível a atribuição de efeitos infringentes quando a correção de tais vícios implicar na modificação do julgado.

2. *A interposição de recurso antes do julgamento do acórdão que rejeitou os embargos de declaração e sem ratificação posterior inviabiliza o acesso à via recursal pela ausência de exaurimento da instância ordinária.*

3. Embargos acolhidos, com efeitos infringentes, para não conhecer do recurso ordinário em mandado de segurança (EDcl no RMS n. 17.980-RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 19.10.2009).

Processual Civil. *Recurso ordinário em mandado de segurança interposto antes da publicação do julgamento de embargos de declaração. Ausência de ratificação. Extemporaneidade.*

1. *É extemporâneo o recurso ordinário interposto na pendência de julgamento de embargos declaratórios, sem que tenha havido posterior ratificação de seus termos. Nesse sentido, a jurisprudência se solidificou na recente Súmula n. 418 desta Superior Corte, aplicável por analogia.*

2. Recurso ordinário não conhecido (RMS n. 27.697-PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 1º.9.2010).

Ante o exposto, *não conheço do recurso* ordinário em mandado de segurança interposto por *Alberto Carvalho*.

2. No que diz respeito ao recorrente *Miguel Oliveira Figueiró*, tenho que o recurso há de ser improvido.

A questão posta a julgamento consiste em definir se o recorrente, titular de cartório, empossado antes da CF/1988, tem direito adquirido ao regime próprio de previdência social do Estado do Rio Grande do Sul, tendo em vista os muitos anos de contribuição efetiva e o fato de que, quando do advento da EC n. 20/1998, já havia implementado todos os requisitos para a aposentadoria voluntária com proventos integrais.

Para a solução da controvérsia, necessário se faz, primeiramente, traçar uma breve exposição acerca do histórico normativo atinente aos notários e registradores.

Com o advento da *Constituição Federal de 1988*, operou-se nova e profunda modificação no que tange ao regime jurídico dos notários e registradores, anteriormente denominados serventuários do foro extrajudicial ou servidores extrajudiciais, restando estabelecido que suas atividades passariam a ser exercidas em *caráter privado, por delegação do Poder Público*, conforme o disposto no *art. 236 da CF*, senão vejamos:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º. Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º. Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º. O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

Contudo, por meio da regra de transição disposta no *art. 32 do ADCT*, abaixo transcrita, o legislador constituinte *preservou algumas situações*, como a dos serviços notariais e de registro que já haviam sido oficializadas pelo poder público antes da promulgação da Constituição:

Art. 32. O disposto no art. 236 não se aplica aos serviços notariais e de registro que já tenham sido oficializados pelo Poder Público, respeitando-se o direito de seus servidores.

Diante dessas novas disposições, a *Administração Pública* passou a *oportunizar* aos titulares dos serviços notariais e registrais, com ingresso anterior à CF de 1988, portanto, oficializados, *a conversão para o exercício do serviço em caráter privado*, sendo que, muitos deles, se silenciaram e continuaram na situação que estavam, recebendo, além das custas, vencimentos, vantagens, contagem de tempo de serviço em dobro, abono permanência, incorporação de gratificação, etc.

A *regulamentação* do referido dispositivo constitucional, que alterou o regime jurídico dos notariais e registrais, somente veio a ocorrer com a *Lei n. 8.935, de 18.11.1994*, que vinculou os notários e registradores à previdência social geral, de âmbito federal, e à aposentadoria facultativa, além de que, mais uma vez, resguardou as situações dos nomeados anteriormente à Constituição

pelo regime oficializado, que poderiam continuar a ser regidos pelas normas anteriores, salvo a possibilidade de opção pelo novo regime. Eis o teor dos artigos que ora interessam:

Art. 28. Os notários e oficiais de registro gozam de independência no exercício de suas atribuições, têm direito à percepção dos emolumentos integrais pelos atos praticados na serventia e só perderão a delegação nas hipóteses previstas em lei.

Art. 39. Extinguir-se-á a delegação a notário ou a oficial de registro por:

(...)

II - aposentadoria facultativa;

(...)

§ 1º Dar-se-á aposentadoria facultativa ou por invalidez nos termos da legislação previdenciária federal.

(...)

Art. 40. Os notários, oficiais de registro, escreventes e auxiliares são vinculados à previdência social, de âmbito federal, e têm assegurada a contagem recíproca de tempo de serviço em sistemas diversos.

Parágrafo único. *Ficam assegurados, aos notários, oficiais de registro, escreventes e auxiliares os direitos e vantagens previdenciários adquiridos até a data da publicação desta lei.*

Art. 51. *Aos atuais notários e oficiais de registro, quando da aposentadoria, fica assegurado o direito de percepção de proventos de acordo com a legislação que anteriormente os regia, desde que tenham mantido as contribuições nela estipuladas até a data do deferimento do pedido ou de sua concessão.*

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se aos escreventes e auxiliares de investidura estatutária ou em regime especial que vierem a ser contratados em virtude da opção de que trata o art. 48.

§ 2º Os proventos de que trata este artigo serão os fixados pela legislação previdenciária aludida no *caput*.

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às pensões deixadas, por morte, pelos notários, oficiais de registro, escreventes e auxiliares.

Não obstante tais normas, o *Supremo Tribunal Federal* posicionou-se no sentido de que os *titulares de cartórios e registros notariais*, por ocuparem cargo público criado por lei e provido mediante concurso, submetidos à fiscalização do Estado e diretamente remunerados por receita pública (custas e emolumentos

fixados por lei), classificavam-se como *servidores públicos em sentido amplo* e, como tais, *sujeitavam-se à aposentadoria compulsória aos 70 anos* (art. 40, II, da CF). Precedentes: AgRg na SS n. 1.822-1-PE, Tribunal Pleno, DJ de 12.3.2001; AgRg no RE n. 209.354-8-PR, 2ª T. Min. Carlos Velloso, DJ de 16.4.1999; AgRg na SS n. 1.817-5-PE, Tribunal Pleno, DJ de 12.3.2001; AgRg no RE n. 254.065-0-SP, 2ª T. Min. Carlos Velloso, DJ de 14.12.2001.

A situação apenas se modificou com o advento da *Emenda Constitucional n. 20/1998*, que alterou o art. 40 da CF e vinculou a aposentadoria do regime próprio aos “servidores titulares de cargos efetivos”. A partir de então, a *Suprema Corte* passou a entender que os *notários e registradores não são considerados servidores públicos*, de modo que a eles *não se aplica a regra da aposentadoria compulsória*, o que foi consolidado na *ADI n. 2.602-MG*, nos termos da seguinte ementa:

Ação direta de inconstitucionalidade. Provimento n. 055/2001 do Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais. Notários e registradores. Regime jurídico dos servidores públicos. Inaplicabilidade. Emenda Constitucional n. 20/1998. Exercício de atividade em caráter privado por delegação do poder público. Aposentadoria compulsória aos setenta anos. Inconstitucionalidade.

1. O artigo 40, § 1º, inciso II, da Constituição do Brasil, na redação que lhe foi conferida pela EC n. 20/1998, está restrito aos cargos efetivos da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios - inclusive autarquias e fundações.

2. Os serviços de registros públicos, cartórios e notarias são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público - serviço público não-privativo.

3. Os notários e os registradores exercem atividade estatal, entretanto não são titulares de cargo público efetivo, tampouco ocupam cargo público. Não são servidores públicos, não lhes alcançando a compulsoriedade imposta pelo mencionado artigo 40 da CB/1988 - aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade.

4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI n. 2.602-0-MG, Tribunal Pleno, Relator para acórdão Min. Eros Grau, DJ de 5.12.2005).

Sob esse contexto, esclareceu o STF que a *aposentadoria compulsória* há de ser aplicada aos *tabeliães que completaram setenta anos de idade antes da entrada em vigor da EC n. 20/1998* (Precedentes: RE n. 284.321 AgR-ED-EDv-AgR-DF, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe de 13.9.2007; Rcl n. 4.866 AgR-SP, Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 1º.2.2008), bem como que a *equiparação dos notários e registradores a servidores públicos somente ocorreu na*

vigência da redação original da CF/1988 (antes da EC n. 20/1998) e, ainda assim, apenas para fins de incidência da regra da aposentadoria compulsória (Precedente: RE n. 512.064 AgR-PE, 2ª T. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 6.4.2011), sendo este o entendimento atual do STF.

Em face dessa nova interpretação constitucional, de que tabeliães e registradores não foram considerados servidores públicos no regime constitucional de 1988, ***concluiu-se que somente teriam direito à manutenção do regime jurídico dos servidores públicos os notários/registradores cuja posse no cargo seja anterior à CF/1988 e que tenham implementado os requisitos à aposentadoria antes das modificações implementadas pela EC n. 20/1998.***

Ato contínuo, a *Administração Pública* passou, então, a notificar os titulares dos serviços notariais e registrais nessas condições, com ingresso anterior à CF de 1988 e implemento das condições de inatividade antes da EC n. 20/1998, para que *optassem pela permanência do vínculo junto ao regime jurídico dos servidores públicos ou pela migração voluntária para o regime novo.*

Feitas tais considerações, passa-se a análise da *situação específica do recorrente.*

O recorrente nasceu em 7.1.1941, contando, hoje, com 71 anos de idade. Exerce a atividade de Oficial do Registro de Imóveis do Ofício da 6ª Zona de Porto Alegre desde 15.2.1991, tendo sido originalmente nomeado pelo Governador de Estado para o cargo de Oficial do Registro de Imóveis, na Comarca de Arroio do Meio, em 2.6.1965 (fls. 161). Percebe vantagens mensais diretamente do Poder Judiciário, além das custas e emolumentos da serventia e descontos relativos às contribuições ao IPE/Previdência (RPPS-RS) e ao IPE/Saúde. Em 16.12.1998, data da publicação da EC n. 20/1998, já havia completado, de acordo com a legislação então vigente, o tempo necessário para a obtenção de sua aposentadoria voluntária com proventos integrais (fls. 173). Devidamente instado pela Administração Pública, manifestou, em 8.6.2007, a sua opção pelo regime previdenciário próprio (Ipergs), para o qual vem contribuindo desde 1961, salientando, contudo, que não renuncia a outros direitos adquiridos ou incorporados ao seu patrimônio, dentre eles, a sua não aposentação compulsória (fls. 182 e 197).

Diante dessa situação, entendeu por bem a Administração Pública, na pessoa do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, editar o ato ora atacado, consubstanciado na determinação da imediata cassação do pagamento de vantagens pecuniárias ao recorrente, bem como da sua desvinculação junto ao regime previdenciário do Estado.

O parecer que se baseou o referido ato, da Assessoria Especial da Presidência do TJRS, possui o seguinte teor (fls. 293):

*III. 3.1) - Os notários e registradores que ingressaram na atividade antes da Lei Federal n. 8.935/1994 e que até a data de vigência da Emenda Constitucional n. 20/1998 vieram a implementar todos os requisitos para a inativação segundo o regime próprio de previdência, por enfeixarem direito adquirido a esse regime, ao qual se vincula a percepção de vantagens pagas atualmente pelos cofres públicos, devem ter assegurada a oportunidade para manifestarem, formalmente, a opção de permanecerem a ele vinculados, **o que lhes assegurará não só as vantagens pecuniárias correspondentes como o ônus de continuarem submetidos ao regime de jubilação compulsória por limite de idade** – porque é exatamente esse o regime que decorre da aplicação das regras constitucionais em vigor até a promulgação da Emenda Constitucional n. 20. Como essa opção não pode ser presumida ou tácita, exige-se, necessariamente, que o notário e o registrador manifestem expressa, formal e incondicional adesão à manutenção àquele regime, que se integrou em seu patrimônio com direito de cunho patrimonial e, por isso, disponível. Para o próprio resguardo da Administração, apenas àqueles serventuários que, em prazo razoável, que se entende deva ser não superior a 10 dias, vierem a optar formalmente por permanecerem vinculados ao regime previdenciário próprio (desde que, obviamente, a tanto façam jus, como antes exposto) é que se entende viável a eventual continuidade dos pagamentos a título de vencimento e/ou vantagens remuneratórias. Para aqueles que, inobstante destinatários em tese do aludido regime previdenciário próprio, deixarem, instados a tal, de manifestar opção expressa pela manutenção desses direitos, deverão ser cessados, por decisão administrativa, os pagamentos de vantagens remuneratórias, inclusive abono de permanência, assim como restará inexorável sua desvinculação completa do sistema previdenciário próprio do Estado do Rio Grande do Sul, ficando inclusive imunes à jubilação compulsória (assim como a qualquer outra forma de cobertura previdenciária paga pelos cofres públicos), devendo estes, doravante, ser remunerados exclusivamente pela receita advinda da cobrança de emolumentos cobrados das partes, ressalvando-se unicamente hipótese de eventual situação *sub judice* ou em relação a qual já exista decisão transitada em julgado, cabendo ao DRH efetuar essa verificação e, em caso de dúvida, consultar a Assessoria Especial da Presidência.*

Por sua vez, o Tribunal de origem, exaustivos fundamentos, denegou a segurança, por maioria, assentando que a opção exercida pelo recorrente implica na fruição de benesses inerentes a regime jurídicos diversos, o que não é admitido (fls. 296):

A vinculação a regime jurídico é integral, descabendo cogita-se de subsunção parcial a determinados regime jurídico-previdenciário. Destarte, mostra-se

impossível mesclar institutos próprios de um e outro regime jurídico, até por que regime jurídico diz respeito ao conjunto de deveres, direitos e responsabilidades a que se submete o segurado.

Nessa linha, assentou que caberia ao recorrente (fls. 305-306):

(a) optar por manter-se na moldura fática do antigo regime oficializado, e, em consequência, permanecer sob o regime remuneratório ao qual vinculado na condição de serventuário extrajudicial da Justiça, continuar filiado e contribuindo para o regime próprio de previdência social estadual (RPPS-RS), e submeter-se, inclusive, ainda que tardiamente, à regra da aposentadoria compulsória por idade no serviço público, ou então (b) optar por migrar voluntariamente para o regime novo do art. 236 da CRFB/1988, sob as formas e nas condições da delegação pública exercitável sob regime privado, segundo as regras específicas da Lei n. 8.935/1994, e, em consequência, passar a perceber somente emolumentos pelos seus serviços, começar a contribuir, como exercente de atividade autônoma, para o INSS, e vincular-se, mediante migração voluntária, ao regime de previdência social federal (RGPS), todavia ficando-lhe assegurada a contagem recíproca do seu tempo de serviço/contribuição em sistemas diversos (princípio constitucional da reciprocidade: art. 201, § 9º., CRFB).

Observados esses aspectos, tenho que o ato impugnado no presente *mandamus* não se mostra ilegal, na medida em que a pretensão do recorrente, de proveito ao regime anterior, por ter preenchido as condições para incorporação do direito ao seu patrimônio individual, mas sem abrir mão da não submissão à aposentadoria compulsória, não é admitida no nosso ordenamento jurídico.

Embora a Constituição proteja os direitos adquiridos e garanta a notários e registradores o direito à manutenção do regime anterior, nos termos do artigo 32 do ADCT, não assegura a sua cumulação com outro regime, até mesmo porque é inviável se conceber a hipótese de que os notários e registradores possam auferir direitos exclusivos dos servidores públicos, e ao mesmo tempo, não se submeter às restrições constitucionais impostas a toda categoria (inativação compulsória aos 70 anos de idade). O acolhimento dessa pretensão consagraria um regime jurídico misto ou especial para os titulares dessas serventias, o qual não encontra respaldo na lei.

Ademais, ao que se tem, o recorrente completou setenta 70 em janeiro de 2011 e, tudo indica, permanece em atividade, o que evidencia, mais uma vez, a sua adesão ao novo sistema constitucional, rompendo-se, por espontânea vontade, o vínculo junto ao regime jurídico próprio dos servidores públicos.

Por fim, cabe salientar que, no mesmo sentido do que foi aqui exposto, já se manifestou esta Corte, consoante se pode aferir das ementas relativas aos seguintes julgados:

Constitucional e Administrativo. Registrador. Transição do regime jurídico estatal para o privado. Recebimento de vencimentos cumulados com emolumentos. Impossibilidade. Ausência de direito adquirido.

1. *O entendimento que atualmente prevalece no Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a equiparação dos notários e registradores a servidores públicos somente ocorreu na vigência da redação original da Constituição Federal de 1988 (antes da EC n. 20/1998), e, ainda assim, somente para fins de incidência da regra da aposentadoria compulsória.*

2. *A Constituição garante a notários e registradores o direito à manutenção do regime anterior, mas não assegura a sua cumulação com outro regime. É o que decorre do art. 32 da ADCT.*

3. Recurso Ordinário a que se nega provimento (RMS n. 30.378-RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 23.8.2011, DJe 30.8.2011).

Administrativo. Serviços notariais e registrais. Ação de consignação em pagamento. Transposição do sistema previdenciário estadual para o federal. Vinculação ao regime geral de previdência. Pretensão de continuar a vinculação com o Ipergs. Acórdão de segundo grau assentado na mesma linha da orientação jurisprudencial desta Corte. Súmula n. 83-STJ. Ausência de prequestionamento dos arts. 40, parágrafo único, e 51 da Lei n. 8.935/1994. Súmulas n. 282 3 n. 356-STF. Acórdão pautado sobre análise de matéria constitucional.

1. Se o Tribunal local se posiciona conforme orientação jurisprudencial deste STJ, tem incidência a Súmula n. 83-STJ a obstar o trânsito do apelo especial. Precedente: RMS n. 28.650-RS, Rel. p/ acórdão Min. Herman Benjamin, Dje 5.8.2010.

2. *Conforme consta da sentença, em resposta à consulta que foi formulada ao ora agravante, o mesmo optou “a qualquer tempo e de acordo com o interesse pessoal, pela aposentadoria facultativa e/ou invalidez” (fl. 258 e-STJ), tendo o magistrado consignado que a opção exercida implica paralelamente a assunção dos respectivos encargos, na mesma linha afirmada no precedente desta Corte (RMS n. 28.650-RS) de que “é vedada a fruição das benesses de um sistema sem a sujeição aos seus ônus”.*

3. O acórdão recorrido não lançou a debate nem emitiu deliberação acerca dos arts. 40, parágrafo único, e 51 da Lei n. 8.935/1994, fazendo mera referência a essa norma ao citar precedente daquela própria Corte, o que atrai os Verbetes Sumulares n. 282 e n. 356-STF. Se o Tribunal de origem não se pronuncia sobre a incidência da norma à situação tratada nos autos de forma concreta, não há o

atendimento do requisito do prequestionamento, essencial ao exame do recurso especial.

4. Toda a fundamentação que conduziu a conclusão do julgamento de segundo grau pautou-se sobre a análise de dispositivos e princípios constitucionais (EC n. 20/1998, arts. 40, 235, 236 da CF/1988), o que não pode ser revisto nesta seara especial sob pena de usurpação de competência do Colendo Supremo Tribunal Federal.

5. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp n. 30.030-RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11.11.2011).

Administrativo e Constitucional. Servidor do poder judiciário que recebeu delegação de serventia extrajudicial. Transição do regime jurídico estatal para o privado. Manutenção do vínculo previdenciário com a unidade federada e recebimento de vencimentos cumulados com emolumentos. Incompatibilidade. Ausência de direito adquirido a regime jurídico anterior.

1. Caso em que servidor do Poder Judiciário recebe delegação de serviços cartorários em época de regime estatal. Com o advento da CF/1988, apesar da privatização da serventia extrajudicial, o delegatário não define expressamente se deseja continuar sendo servidor ou delegatário de função privada. Situação que perdurou por anos, até o Tribunal de origem, diante do silêncio do interessado após consulta e oportunidade de escolha, passar a não mais pagar seus vencimentos e encerrar o liame previdenciário especial, ao entendimento de que houve opção tácita pelo regime privado.

2. *É vedada a fruição das benesses de um sistema sem a sujeição aos seus ônus. Não há como manter o vínculo previdenciário ou conceder aposentadoria com proventos integrais, por contrariedade ao regime atual de previdência (art. 40 da Constituição) e falta de implementação de requisitos normativos (EC n. 20/1998). Ausência de direito adquirido a regime jurídico anterior. Precedentes do STF.*

3. Inexiste previsão legal para o pagamento com recursos do Estado e a título de remuneração aos delegatários, pois já percebem diretamente as custas e os emolumentos referentes ao serviço cartorário. *Os serviços notariais e registrais são, após o advento da Constituição de 1988, exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, não se considerando o delegatário como servidor stricto sensu. Precedentes do STF.*

4. Deve o delegatário estar sujeito ao sistema geral de aposentadoria da Previdência Social, assegurando-se a contagem recíproca de tempo de serviço e resolvendo-se atuarialmente a compensação ou complementação dos recolhimentos já efetuados entre o INSS e o órgão gestor previdenciário da unidade federada.

5. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança não provido (RMS n. 28.650-RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 5.8.2010).

Administrativo. Processual Civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Art. 51 da Lei n. 8.935/1994. Regra transitória. Ausência de prequestionamento. Agravo não provido.

1. A tese de existência de direito à aposentadoria em face da norma transitória do art. 51 da Lei n. 8.935/1994, cerne do recurso especial, não foi objeto de análise pelo acórdão recorrido, tampouco foram opostos embargos de declaração a fim de provocar o prequestionamento da matéria. Incide, na espécie, o óbice da Súmula n. 282-STF.

2. Ainda que se considerasse o prequestionamento implícito do tema, a controvérsia foi solvida nas instâncias ordinárias sob fundamento constitucional, sendo incabível de modificação na via do recurso especial, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

3. *O acórdão do Tribunal de origem não destoou da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal segundo a qual "A Constituição garante a notários e registradores o direito à manutenção do regime anterior, mas não assegura a sua cumulação com outro regime"* (RMS n. 30.378-RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 30.8.2011).

4. Agravo regimental não provido (AgRg no Ag n. 1.409.250-RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 2.2.2012).

Ante o exposto, *nego provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança* apresentado por *Miguel Oliveira Figueiró*.

É como voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 31.468-GO
(2010/0023812-0)**

Relator: Ministro Ari Pargendler

Recorrente: Mercantil Alimentos Comércio e Importação Ltda.

Advogado: Adriano Diniz e outro(s)

Recorrido: Estado de Goiás

Procurador: Alessandra Baiocchi Vieira Nascimento e outro(s)

EMENTA

Tributário. Substituição tributária. Migração para o regime comum.

A migração do regime da substituição tributária para o regime comum - em que a sujeição passiva do tributo recai sobre o contribuinte, aquele que tem relação pessoal e direta com a situação que constitui o respectivo fato gerador (CTN, art. 121, parágrafo único, inciso I) - não pode ignorar as obrigações tributárias já consumadas na vigência da legislação anterior; o pagamento do tributo, à luz desta, pelo substituto legal tributário exaure a obrigação fiscal, nada mais podendo ser exigido a esse título.

O expediente de considerar como crédito do contribuinte, no novo regime, o que foi pago pelo substituto legal tributário, no regime anterior, afronta uma situação definitivamente constituída, que suprimiu etapas posteriores do ciclo de comercialização.

Recurso ordinário 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, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Benedito Gonçalves, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de dezembro de 2012 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Relator

DJe 7.2.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Mercantil Alimentos, Comércio e Importação Ltda. impetrou mandado de segurança preventivo contra ato do

Governador do Estado de Goiás e do Secretário da Fazenda do Estado de Goiás, dando conta de que:

“Até 31.9.2007, o Estado de Goiás tributava de forma definitiva as mercadorias que eram adquiridas por contribuintes goianos de comerciantes ou indústrias de outras Unidades da Federação, exigindo deles o pagamento antecipado do ICMS, que era calculado com base em pauta fiscal, nos termos do Anexo VIII do RCTE:

Art. 32. O regime de substituição tributária pela operação posterior – retenção na fonte – consiste na retenção, apuração e pagamento do imposto devido por operação interna subsequente, inclusive quanto ao diferencial de alíquotas, se for o caso (Lei n. 11.651/1991, art. 51).

§ 4º É exigido o pagamento antecipado do imposto devido pela futura operação interna, inclusive quanto à operação a ser realizada pelo próprio adquirente, na hipótese de entrada de mercadoria proveniente de outra unidade da Federação ou do exterior e sujeita a substituição tributária (Lei n. 11.651/1991, art. 51, § 3º).

§ 5º Para efeito de exigência do imposto devido por antecipação, devem ser observados os procedimentos previstos neste título’.

Art. 34. São substitutos tributários, assumindo a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido pelas operações internas subsequentes, bem como pelo diferencial de alíquotas, se for o caso:

Parágrafo único. Assume a condição de substituto tributário, inclusive quanto ao diferencial de alíquotas, se for o caso:

I – em relação à mercadoria constante do Apêndice I:

a) o contribuinte estabelecido neste Estado que adquirir mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária:

1. Proveniente de outra unidade da Federação ou do exterior’.

Uma vez que ficava como substituto tributário pelas mercadorias que adquiria de outra Unidade da Federação, e como nestes casos o Estado de Goiás tributava de forma definitiva estas operações, quando da entrada das mercadorias no território goiano, cobrando, naquela oportunidade, o imposto relativo a operação final da cadeia, tinha-se que as vendas efetuadas pelo varejista para os consumidores não eram tributadas novamente.

Entretanto, por força do Decreto n. 6.663, de 29.8.2007, expedido pelo Exmo. Sr. Governador do Estado de Goiás (Doc. 3), e da Instrução Normativa n. 877/2007–

GSF, de 26.9.2007, extinguiu-se aquele regime de substituição tributária para as mercadorias relacionadas no Apêndice I, do Anexo VIII, do RTCE, que passaram a ser submetidas ao regime normal de apuração do imposto.

Ressalte-se que, pelo sistema normal de apuração de ICMS, o contribuinte tem o direito, que decorre do princípio da não-cumulatividade, de descontar do total do débito do imposto decorrente das saídas, o valor do imposto pago na operação anterior.

Logo, seria natural que o Decreto n. 6.663/2007 viesse a regular apenas a apuração do ICMS concernente aos fatos geradores que ocorressem após o início de sua vigência, até porque a apuração do saldo do imposto deveria levar em consideração o valor do crédito do imposto pago na operação anterior, que deveria vir destacada na nota.

Não obstante, ao instituir o regime normal de apuração do imposto, para as mercadorias relacionadas no Apêndice I, do Anexo VIII, do RCTE, buscou o Sr. Governador do Estado de Goiás, através de um artifício, financiar o imenso déficit do Estado, às custas dos contribuintes de ICMS.

(...)

Em outras palavras, todas as mercadorias em estoque que estavam submetidas ao regime de substituição tributária e que ingressaram no estabelecimento da impetrante até 31.8.2007, e cujo imposto já havia sido pago, no momento da sua entrada no território goiano, passaram a ser tributadas novamente, no momento em que a impetrante realizava a saída destas mercadorias em vendas para os seus consumidores.

Não obstante, ficou o contribuinte impedido de abater do valor do imposto apurado nestas saídas, o valor do imposto pago na operação anterior e o valor do imposto que foi por ele na qualidade de substituto, os quais devem ser creditados pelo contribuinte em sua contabilidade, para serem utilizados em 24 meses.

Assim, por força dos atos administrativos impugnados, o contribuinte descobriu, ao apurar o imposto que deveria ser pago no mês de outubro, que o valor do imposto devido, concernente ao mês de setembro, seria aproximadamente 44,78% superior à média do que costuma pagar.

Uma vez que é considerável o impacto financeiro das modificações da legislação, introduzidas pelos atos administrativos impugnados, a impetrante deixou de seguir a forma neles prescrita para a apuração do imposto que deveria ser pago em outubro, efetuando o pagamento do ICMS, apurado conforme o regime previsto no Anexo VIII, do RCTE.

No presente caso, foi apurado o valor de R\$ 293.019,21, e recolhido o valor de R\$ 203.764,74, conforme demonstram os comprovantes em anexo.

Desta forma, está a impetrante sujeita ao lançamento da diferença entre o que o Estado entende que deveria ter sido recolhido e o que foi efetivamente pago.

Faz-se necessário salientar, contudo, que a irresignação da impetrante não se fundamenta tão somente na discordância com o aumento da carga tributária sobre a sua atividade, mas também ao fato de que a modificação do regime jurídico de apuração do imposto, a fim de atingir fatos geradores pretéritos, viola frontalmente o disposto no artigo 105 do Código Tributário Nacional e o princípio da anterioridade, previsto no artigo 104 do Código Tributário e no artigo 150, inciso III, da Magna Carta” (fl. 03-07).

Por isso, o pedido de medida liminar “para suspender a exigibilidade dos créditos tributários correspondentes às diferenças entre o valor do imposto que deveria ser recolhido, caso apurado pelo regime jurídico instituído pelos atos impugnados, e o valor que a impetrante tem recolhido, calculado conforme o regime anterior, com relação a todos os fatos geradores que ocorrerem até o início do próximo exercício financeiro”, ou, alternativamente, “para suspender a exigibilidade do crédito tributário correspondente à diferença entre o valor do imposto que seria devido, caso apurado pelo novo regime, e o valor do imposto que a impetrante recolheu no mês de outubro, correspondente ao exercício do mês de setembro, apurado conforme o regime antigo, sem sujeitar a nova tributação as mercadorias que haviam sido tributadas quando ingressaram no território goiano” (fl. 13) - e a final a concessão da segurança (fl. 13-14).

A medida liminar foi indeferida (fl. 39-44).

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás denegou a segurança, nos termos do acórdão assim ementado:

“Mandado de segurança. ICMS. Decreto n. 6.663/2007 e Instrução Normativa n. 877/2007. Ato normativo de efeito concreto. Lesão ao princípio da anterioridade. bitributação. Impossibilidade de abatimento de imposto já pago. Inocorrência.

Tratando-se os atos inquinados de ilegais de normativos de efeitos concretos, passível seu questionamento pela presente via do mandamus. O Decreto que apenas modifica a forma de apurar e recolher o ICMS não está sujeito ao princípio da anterioridade previsto constitucionalmente, tendo em vista que não institui, nem tampouco, aumenta tributo. Prevendo o ato normativo impugnado forma de relacionar

*o estoque existente no estabelecimento antes de sua vigência, justamente para evitar a bitributação, além de fixar a maneira de abater o imposto já pago, não há se falar em direito líquido e certo a ser protegido pelo writ. **Ordem denegada**” (fl. 281-282).*

Lê-se no voto condutor:

“(…) no caso em exame, por não ter o ato normativo de efeito concreto instituído ou aumentado o imposto do ICMS devido pelos contribuintes por ele abrangidos, modificando apenas a forma de apurar e recolher o referido tributo, não há se falar em ato ilegal ou mesmo inconstitucional como afirmado pela impetrante.

(…)

Portanto, a substituição tributária constitui-se em regra de fixação do sujeito passivo responsável pelo pagamento do tributo, nada tendo a ver com sua instituição ou aumento.

(…)

Por último, a impetrante assevera que o Decreto e sua Instrução Normativa provocaram bitributação, impedindo que se fizesse o abatimento do valor do imposto apurado nas saídas das mercadorias, o montante pago na operação anterior e o valor do imposto que já teria sido por ela pago como substituta tributária.

Assim, dispõem os arts. 2º e 3º do Decreto n. 6.663, de 29.8.2007, cujo teor foi reproduzido na Instrução Normativa n. 877/2007:

‘Art. 2º Os estabelecimentos atacadista, distribuidor e varejista goianos que opere com as mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária pelas operações posteriores referidas no art. 1º, cujo imposto tenha sido objeto de pagamento por substituição tributária, devem:

I – relacionar as mercadorias, espécie por espécie, existentes no estabelecimento no dia 31 de agosto de 2007, valorando-as pelo valor da última aquisição efetuada anteriormente a 31 de julho de 1997 e escriturando suas quantidades e valores no livro Registro de Inventário;

II – adicionar ao valor total de cada espécie de mercadoria o valor correspondente à aplicação do respectivo IVA previsto no Apêndice I do Anexo VIII do RCTE.

Art. 3º Os estabelecimentos atacadista, distribuidor e varejista não optante do Simples Nacional, conforme previsto na Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, devem:

I – aplicar sobre o resultado obtido de acordo com o inciso II do art. 2º:

a) a alíquota vigente para as operações internas, de acordo com a espécie de mercadoria;

b) no caso de empresa que se encontrava enquadrada no regime tributário diferenciado aplicável à microempresa ou à empresa de pequeno porte, no dia 30 de junho de 2007:

1. as alíquotas previstas no art. 6º da Lei n. 13.270/1998, para os estoques correspondentes às mercadorias cuja entrada no estabelecimento tenha ocorrido até 30 de junho de 2007;

2. a alíquota vigente para as operações internas, de acordo com a espécie de mercadoria para os estoques correspondentes às mercadorias cuja entrada no estabelecimento tenha ocorrido a partir de 1º de julho de 2007;

II - registrar o valor apurado de acordo com o inciso I no quadro Observações do livro Registro de Apuração do ICMS, com a expressão: Crédito de ICMS correspondente ao estoque apurado nos termos do art. 2º e 3º do Decreto n. 6.663, de 29 de agosto de 2007;

III - registrar o valor correspondente ao crédito do ICMS registrado de acordo com o inciso II no livro Registro de Apuração do ICMS no quadro Crédito o Imposto/007 - Outros Créditos, em 24 (vinte e quatro) parcelas mensais, iguais e consecutivas'.

Portanto, infere-se da norma acima transcrita que, justamente para evitar a apontada bitributação, determinou-se que fosse relacionado o estoque existente um dia antes da vigência da nova regulamentação. Além disso, estabeleceu-se a compensação do crédito dos estoques com os débitos futuros, em 24 parcelas mensais, iguais e sucessivas.

Diante disso, não há como acolher a alegação feita pela impetrante de bitributação e da impossibilidade de abatimento do imposto já anteriormente pago" (fl. 273-278).

Mercantil Alimentos, Comércio e Importação Ltda., interpôs, então, o presente recurso ordinário, alegando que o acórdão recorrido divergiu do entendimento do Superior Tribunal de Justiça no RMS n. 29.702, GO, e violou os artigos 105 e 144 do Código Tributário Nacional (fl. 286-297).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo parcial provimento do recurso ordinário "para que seja assegurado à empresa recorrente a possibilidade de abatimento integral e imediato dos valores comprovadamente recolhidos a título de ICMS na sistemática da substituição tributária do montante a recolher - afastado

o parcelamento da devolução do tributo já anteriormente recolhido sobre a mesma mercadoria” (fl. 382).

O relator originário, Ministro Hamilton Carvalhido, proferiu decisão, dando parcial provimento ao recurso, “*para que se assegure à impetrante a possibilidade de abatimento integral dos valores comprovadamente recolhidos a título de ICMS, por meio da substituição tributária, com relação àquelas mercadorias elencadas no Decreto Estadual n. 6.663/2007, da diferença entre o valor do ICMS já recolhido e aquele a recolher” (fl. 388).*

Posteriormente, os autos foram atribuídos ao Ministro Francisco Falcão, que reconsiderou a decisão para submeter a decisão ao Colegiado (fl. 407-409).

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): 1. O exato dimensionamento da lide passa pela compreensão do que seja a substituição tributária.

“O sujeito passivo da relação jurídica tributária”, - escreveu Alfredo Augusto Becker - “normalmente, deveria ser aquela determinada pessoa de cuja renda ou capital a hipótese de incidência é um fato-signo presuntivo. Entretanto, frequentemente, colocar esta pessoa no polo negativo da relação jurídica tributária é impraticável ou simplesmente criará maiores ou menores dificuldades para o nascimento, vida e extinção destas relações. Por isso, nestas oportunidades, o legislador como solução emprega uma outra pessoa em lugar daquela e, toda a vez que utiliza esta outra pessoa, cria o substituto legal tributário” (Teoria Geral do Direito Tributário, Edição Saraiva, São Paulo, 2ª edição, 1972, p. 504).

“A crescente multiplicidade de relações sócio-econômicas; a complexidade e a variedade cada vez maior de negócios são os principais fatores que estão tornando impraticável aquela solução do legislador” (...) de escolher “para sujeito passivo da relação jurídico-tributária aquele determinado indivíduo de cuja verdadeira renda ou capital a hipótese de incidência é um fato-signo presuntivo. Até há alguns decênios atrás, este indivíduo era, quase sempre, aquele determinado indivíduo de cuja renda ou capital a hipótese de incidência tributária é fato-signo presuntivo. Entretanto, os fatores que acabaram de ser apontados estão induzindo o legislador a escolher um outro indivíduo para a posição de sujeito passivo da relação jurídica tributária. E este outro indivíduo consiste precisamente no substituto legal tributário cuja utilização, na época atual, já é frequentíssima, de tal modo que, dentro de alguns anos, o uso do substituto legal pelo legislador será a regra geral” (op. cit. 501-502).

A expressão substituição tributária não é uma boa expressão para definir esse instituto. Juridicamente, o substituto tributário não substitui ninguém. “*O fenômeno da substituição*” - ainda nas palavras de Becker - “*opera-se no momento político em que o legislador cria a regra jurídica. E a substituição que ocorre neste momento consiste na escolha pelo legislador de qualquer outro indivíduo em substituição daquele determinado indivíduo de cuja renda ou capital a hipótese de incidência é fato-signo presuntivo*” (ibid., p. 505-506). Quando essa escolha do legislador se torna regra jurídica, e ela incide criando a obrigação tributária, essa obrigação tributária já nasce contra o substituto legal tributário. “*Entre o Estado e o substituído não existe qualquer relação jurídica*” (ibid, p. 507).

A primeira dificuldade a vencer, em termos de direito positivo, é a de que o Código Tributário Nacional não refere a expressão substituto legal tributário, nem mesmo a expressão substituição tributária, que no âmbito federal só veio a ser utilizada pela Constituição Federal de 1988 (artigo 155, § 2º, XII, alínea **b**). O Código Tributário Nacional fala em responsável, mas com a impropriedade de empregar esse vocábulo com, pelo menos, duas conotações diferentes; o responsável do artigo 121, parágrafo único, inciso II, que é o substituto legal tributário; o responsável do artigo 128 e seguintes que é o responsável tributário no sentido próprio.

O artigo 121 do Código Tributário Nacional trata da sujeição passiva originária ou direta, aquela que resulta da incidência da norma jurídica tributária; é a sujeição passiva descrita na regra legal. Se o legislador optar por imputá-la à pessoa “*cuja renda ou capital a hipótese de incidência é fato-signo presuntivo*”, estar-se-á diante da figura do contribuinte, aquele que tem relação pessoal e direta com a situação que constitui o respectivo fato gerador (artigo 121, parágrafo único, inciso I). Se a opção for por terceira pessoa, não vinculada ao fato gerador, cuja obrigação decorra de disposição expressa de lei, estar-se-á diante do substituto legal tributário (artigo 121, parágrafo único, inciso II).

A obrigação tributária, portanto, nasce, por efeito da incidência da norma jurídica, originária e diretamente, contra o contribuinte ou contra o substituto legal tributário; a sujeição passiva é de um ou de outro, e, quando escolhido o substituto legal tributário, só ele, ninguém mais, está obrigado a pagar o tributo.

A sujeição passiva originária, nas modalidades de contribuinte e de substituto legal tributário, pode não ser suficiente para o cumprimento da obrigação tributária principal, a de pagar o tributo (CTN, artigo 113, § 1º).

Para garantir a efetividade da obrigação tributária, a lei criou a responsabilidade tributária, que é sempre derivada do inadimplemento da obrigação tributária originária (ou, como querem outros, sujeição passiva indireta, por oposição à sujeição passiva direta).

Quer dizer, em linha de princípio, o contribuinte ou o substituto legal tributário estão obrigados a pagar o tributo, mas o inadimplemento da obrigação tributária originária ou direta dá causa à obrigação derivada ou indireta, positivamente prevista como responsabilidade tributária (CTN, artigo 128 e seguintes).

A responsabilidade tributária é uma obrigação de segundo grau. Quando a norma jurídica incide, sabe-se que ela obriga o contribuinte ou o substituto legal tributário. Apenas se eles descumprirem essa obrigação tributária, é que entra em cena o responsável tributário.

Nada mais é preciso dizer para acentuar a diferença ontológica existente entre o substituto legal tributário e o responsável tributário; aquele é a pessoa, não vinculada ao fato gerador, obrigada originariamente a pagar o tributo, se este não for adimplido pelo contribuinte ou pelo substituto legal tributário, conforme o caso.

É preciso que isso fique claro: na substituição legal tributária há só uma obrigação tributária, e não várias, porque seu efeito é, exatamente, o de suprimir obrigações tributárias que corresponderiam às etapas do ciclo de comercialização anteriores ou posteriores, conforme a substituição se processe “*para trás*” ou “*para frente*”; o que esse fato gerador tem de especial é a base de cálculo, a qual considera valores agregados em outras etapas do ciclo de comercialização.

2. Nessas condições, a migração do regime da substituição tributária para o regime comum - em que a sujeição passiva do tributo recai sobre o contribuinte, aquele que tem relação pessoal e direta com a situação que constitui o respectivo fato gerador (CTN, art. 121, parágrafo único, inciso I) - não pode ignorar as obrigações tributárias já consumadas na vigência da legislação anterior; o pagamento do tributo, à luz desta, pelo substituto legal tributário exaure a obrigação fiscal, nada mais podendo ser exigido a esse título.

O expediente de considerar como crédito do contribuinte, no novo regime, o que foi pago pelo substituto legal tributário, no regime anterior, afronta uma situação definitivamente constituída, que suprimiu etapas posteriores do ciclo de comercialização.

Voto, por isso, no sentido de dar provimento ao recurso ordinário para exonerar a impetrante de se submeter ao regime do Decreto Estadual n. 6.663, de 29 de agosto de 2007, relativamente aos fatos geradores ocorridos na vigência da legislação anterior.

VOTO-VISTA

Ementa: Tributário. Recurso ordinário em mandado de segurança. ICMS. Migração de regime de tributação.

1. A migração para o regime comum não autoriza o Fisco a exigir nova exação de ICMS em relação às mesmas operações mercantis que já foram tributadas antecipadamente pelo regime de substituição.

2. Recurso ordinário provido. Voto-vista acompanhando o voto do eminente relator.

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Conforme já bem lançado pelo eminente relator, a controvérsia em debate gira em torno da tributação do ICMS sobre mercadorias em estoque adquiridas pela recorrente pelo regime da substituição tributária diante da nova regulamentação do Estado de Goiás (Decreto n. 6.663/2007), pela qual determinou a migração de tais operações para o regime comum, em que o contribuinte deve apurar e recolher o imposto por ocasião da saída da mercadoria.

Para o fim de supostamente evitar dupla tributação, o aludido decreto dispôs que o valor recolhido antecipadamente para aquisição das mercadorias armazenadas seria devolvido, na forma de créditos escriturais, em 24 (vinte e quatro) parcelas iguais e consecutivas.

Sobre esse tema, por ocasião do julgamento do RMS n. 29.702-GO, de que fui relator, manifestei-me no sentido de que é legal a mudança de sistema de tributação, porquanto não há direito adquirido a determinado regime jurídico, mas que não seria legítima a forma de devolução parcelada dos valores recolhidos antecipadamente, motivo pelo qual decidi dar parcial provimento àquele recurso ordinário para permitir “a possibilidade de abatimento integral dos valores comprovadamente recolhidos a título de ICMS, por meio de substituição tributária, com relação àquelas mercadorias elencadas no Decreto Estadual n. 6.663/2007, da diferença existente entre o valor do ICMS já recolhido e aquele a recolher”.

No julgamento deste recurso, todavia, o relator, eminente Ministro Ari Pargendler, apresentou voto em sentido mais favorável ao contribuinte, reconhecendo a extinção das obrigações tributárias referentes às mercadorias adquiridas pelo regime de substituição, o que motivou-me a pedir vista dos autos.

Refletindo mais uma vez sobre a controvérsia em comento, tenho que está correta a fundamentação clara e precisa externada pelo douto relator. Justifico a mudança de meu entendimento pelas seguintes razões.

Se é certo que o contribuinte não tem direito líquido e certo a determinado regime jurídico de tributação, também é certo afirmar que as operações realizadas sob a égide do regime anterior devam ser respeitadas, porquanto enquadram-se no conceito de ato jurídico perfeito, cujos efeitos são assegurados pela Carta Política.

No regime de substituição tributária “para frente” o fato gerador ocorre de forma presumida por ocasião da venda da mercadoria ao contribuinte, ficando o substituto tributário responsável pelo pagamento da exação, nos termos do art. 121, parágrafo único, inciso II, do CTN. Por sua vez, o pagamento extingue o crédito tributário (art. 156, I, do CTN) e, por isso, nada mais pode ser cobrado do contribuinte substituído, ainda que ele venha a praticar preço superior à base de cálculo utilizada como parâmetro para o recolhimento antecipado (“pauta fiscal”).

Frise-se que o regime de substituição tributária, o qual pressupõe a antecipação do fato gerador (presumido) e o respectivo pagamento da exação, constitui opção legislativa tendente a facilitar a arrecadação. Realizado o fato gerador presumido e pago o tributo pelo substituto tem-se por extinta a obrigação tributária relativa à correspondente operação mercantil, ficando desonerada de tributação as etapas seguintes.

A troca do momento do fato gerador em relação a uma mesma operação configura evidente *bis in idem*. O ciclo de constituição, exigibilidade e extinção do crédito tributário tem por seu nascedouro uma ocorrência de um fato gerador para cada obrigação tributária. Extinta essa obrigação, não pode ser ela novamente restabelecida com o artifício de alterar o momento de seu fato gerador.

Dessa forma, fica evidenciado que a migração de sistema de tributação levada a efeito pelo Estado de Goiás não pode alcançar as operações já tributadas

pelo modelo anterior e, assim, nada mais pode ser exigido do contribuinte por ocasião da saída das mercadorias adquiridas pelo regime de substituição.

Ante o exposto, acompanho o voto do eminente relator, para dar provimento ao recurso ordinário.

É o voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 31.861-PE
(2010/0060122-7)**

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Recorrente: Roseane Batista Leite

Advogado: Nathalia Monteiro de Araújo e outro(s)

Recorrido: Estado de Pernambuco

Procurador: Inês Almeida Martins Canavello e outro(s)

EMENTA

Administrativo. Concurso público. Pessoa com deficiência. Prova da condição. Exclusão da lista de habilitados. Ilegalidade.

Suficientemente provada pela impetrante, por meio dos documentos idôneos que juntou à impetração, sua condição de pessoa com deficiência física, impõe-se reconhecer-lhe tal *status*, por força de inafastável incidência do que dispõe o art. 4º, inciso I, do Decreto n. 3.298/1999, ainda que o acórdão recorrido, com esteio em um só laudo pericial divergente, tenha decidido de modo diverso. Precedentes.

Recurso ordinário provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento

ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente) e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Brasília (DF), 23 de abril de 2013 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 25.4.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Cuida-se, na origem, de mandado de segurança impetrado por Roseane Batista Leite, sob benefício de assistência judicial gratuita, apontando como autoridade coatora o Procurador-Geral de Justiça de Pernambuco, a quem imputa, como ato coator, a exclusão da impetrante das vagas reservadas a pessoas com deficiência no concurso público para provimento de cargos de natureza administrativa para o quadro de pessoal de Apoio Técnico e Administrativo da Procuradoria Geral de Justiça daquele Estado.

O Tribunal de origem não acolheu as alegações da impetração e, entendendo pela regularidade da exclusão combatida, denegou a segurança, por unanimidade dos votos, em acórdão que guarda a seguinte ementa:

Ementa: Mandado de segurança. Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido. Rejeitada. Preliminar de ausência de direito líquido e certo. Não conhecimento. Confusão com o mérito. Mérito. Concurso público. Vaga para portadores de deficiência. Observância obrigatória dos termos do Decreto n. 3.298/1999. Segurança denegada. Decisão unânime.

1 - não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido, pois nada obsta que a candidata possa participar, se em conformidade com a legislação, da concorrência entre candidatos ao cargo de deficiente físico e do quadro geral do mesmo concurso público, uma vez que são situações distintas.

2 - preliminar de ausência de direito líquido e certo não conhecida, uma vez que com o mérito se confunde.

3 - a jurisprudência é assente no sentido de que só poderão concorrer a uma vaga reservada para portadores de deficiência física, aqueles que se enquadrarem aos parâmetros legais pré-estabelecidos no instrumento convocatório do certame,

de modo a evitar-se que candidatos possuidores de suficiente capacitação física para o desempenho da função perseguida venham a ser privilegiados com o aludido benefício.

4 - Segurança denegada.

5 - Decisão unânime. (fls. 182 e 183).

A recorrente, nas razões do recurso ordinário, insiste no direito de concorrer às vagas reservadas a pessoas com deficiência, embora tenha sido também aprovada na ampla concorrência, argumentando, em síntese, que “enquadra-se perfeitamente na definição legal, pois é portadora de seqüela de pé torto congênito bilateral - Código Internacional de Doenças (CID) n. Q66, possuindo capacidade limitada para exercer algumas atividades, pois tal deficiência acarreta a rigidez articular, diminuição da amplitude de movimento do tornozelo e limitação de algumas atividades físicas” (fls. 206 e 207). Acrescenta que sua deficiência “não é somente estética, mas também produz dificuldades para o desempenho da função física, precisamente motora, pois sua doença compromete as estruturas ósseas e partes moles, acarretando limitação na mobilidade do tornozelo, bilateralmente, causando dores ao caminhar, [bem como] dificuldade para subir e descer escadas ou rampas” (fl. 207).

O Estado de Pernambuco apresentou contrarrazões ao recurso (fls. 220 a 225), nas quais defende a legalidade da eliminação, aos argumentos de que (a) não se discute a deficiência da candidata, mas o enquadramento da hipótese fática aos comandos legais e (b) a prova coligida pela impetrante não é suficiente para demonstrar, de plano, o seu direito.

O Ministério Público Federal, pelo parecer de fls. 250 a 254, entendeu não existir qualquer justificativa plausível para a exclusão efetuada e, assim, manifestou-se pela concessão da segurança.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): Consta dos autos que Roseane Batista Leite, a impetrante, inscreveu-se em concurso público para o provimento de vagas no quadro de pessoal de Apoio Técnico e Administrativo da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Pernambuco, tendo sido aprovada e classificada em primeiro lugar nas vagas reservadas a pessoas com deficiência e vigésimo nono, na concorrência ampla (fl. 43).

Submetida à avaliação médica prevista no edital, foi “eliminada por não ser deficiente” (fl. 83) e mantida apenas na concorrência ampla. Irresignada, impetrou o presente *Writ*, alegando ter o direito líquido e certo de postular a vaga constitucionalmente reservada.

O Tribunal de origem, para denegar a segurança, se assentou em três fundamentos, quais sejam:

1 - De acordo com o documento acostado às fls. 41, não houve o reconhecimento da condição de deficiente físico da impetrante pela comissão examinadora do concurso, por ter constatado a Junta Médica Pericial, que a requerente, conquanto realmente portadora da enfermidade indicada, não apresentava alteração completa ou parcial que pudesse permitir seu enquadramento na hipótese prevista no art. 4º, I, do Decreto Federal n. 3.298/1999. (fl. 187).

2 - (...) a jurisprudência é assente no sentido de que só poderão concorrer a uma vaga reservada para portadores de deficiência física, aqueles que se enquadrarem aos parâmetros legais pré-estabelecidos no instrumento convocatório do certame, de modo a evitar-se que candidatos possuidores de suficiente capacitação física para o desempenho da função perseguida venham a ser privilegiados com o aludido benefício, em flagrante ofensa ao princípio da isonomia. Desta feita, no caso em comento, devem prevalecer os regramentos contidos no Decreto Federal n. 3.298/1999. (fls. 187 e 188).

3 - (...) os documentos acostados às fls. 145-157 não são capazes de concluir pela liquidez e certeza do direito pleiteado pela impetrante, uma vez que há decisão em sentido contrário, necessitando de dilação probatória, o que é defeso nesta via escolhida. (fl. 191).

A recorrente, nas razões do recurso ordinário, insurge-se contra essas conclusões, argumentando que há, na impetração, provas bastantes quanto à sua condição física, suficientes para demonstrar a liquidez e certeza do direito que ampara sua pretensão.

Resta, então, verificar se essas provas coligidas nos autos, tanto pela impetrante quanto pelo Estado de Pernambuco, permitem manter o acórdão ora recorrido por seus próprios fundamentos ou, ao contrário, reclamam a sua reforma e, em decorrência, a concessão da segurança.

Passa-se, pois, ao exame particularizado da questão posta.

O laudo médico pericial, emitido pelo Núcleo de Perícias Médicas e Segurança do Trabalho do Instituto de Recursos Humanos do Estado de

Pernambuco – IRH-PE, fls. 82 e 83, conquanto lacônico, é suficientemente claro em suas conclusões: “a periciada, Srt^a Roseane Batista Leite não é deficiente física” (fl. 83).

Por isso, foi eliminada do rol dos habilitados às vagas reservada para pessoas com deficiência.

Ocorre que, tal como alega a recorrente, há nos autos provas documentais bastantes para autorizar conclusão diversa.

Nesse sentido, confirmam-se:

1 - O laudo à fl. 45, emitido em outubro de 2005, por médico ortopedista, afirma ser a paciente “portadora de sequela de pé torto congênito bilateral, tendo sido operada em 1977, e apresenta atrofia de perna irreversível, grau I, CID Q66.8”.

2 - O laudo seguinte, fl. 46, embora assinado por outro perito, também ortopedista, afirma, em essência, a mesma atrofia.

3 - Mais um laudo, fl. 47, este elaborado por médica do trabalho, que descreve, em minúcias, as limitações a que a impetrante está sujeita, embora a considere “apta a exercer atividades que possam ser realizadas na posição sentada”.

4 - Atestado médico, fl. 48, expedido por médico municipal, para fins de concessão de livre acesso aos meios locais de transporte, afirmando ser a “paciente portadora de sequela de pé torto congênito bilateral com atrofia irreversível grau I, que impedem a perambulação ativa e o equilíbrio”, documento que também a classifica taxativamente como pessoa com deficiência física, CID Q66.8.

5 - Parecer, fl. 51, de lavra do responsável pela equipe médica do concurso para a Polícia Militar/Corpo de Bombeiro Militar do Estado de Pernambuco que apresenta a impetrante como “portadora de correção cirúrgica para pé torto congênito” e destaca “que esta enfermidade cursa com atrofia da perna, tornozelo e pé. Estas alterações, após todos esses anos são irreversíveis mesmo com a correção da causa primária (pé torto) e [é] incompatível com a atividade militar”.

6 - Resposta a recurso de perícia médica, fl. 114, em que a Universidade de Brasília, organização executora do concurso público para o provimento de cargos do Quadro permanente do TRE-MA, reconsiderou decisão anterior por entender que “a candidata apresenta membros inferiores com deformidade

congênita que, apesar de corrigida cirurgicamente, apresenta atrofia de seus músculos. [...] trata-se, portanto, de deficiência física compreendida na redação dada pelo Decreto n. 3.298 de 1999, alterado pelo Decreto n. 5.296 de 2004”.

7 - Sentença de procedência, fls. 150 a 154, proferida pela 5ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte que, acolhendo a manifestação do perito nomeado pelo juízo, reconheceu estar a autora, aqui impetrante, amparada pelas disposições do Decreto n. 3.298/1999.

À luz desse contexto, inteiramente acertadas as seguintes considerações, extraídas do parecer ministerial, cujos argumentos também se adotam como razão de decidir:

Entende-se. s.m.j., que as provas trazidas aos autos são suficientes para demonstrar que a recorrente é portadora de deficiência física, nos termos do art. 4º, inciso I, do Decreto n. 3.298/1999, não havendo necessidade de qualquer dilação probatória. (fl. 252).

[...]

Não se mostra plausível que a recorrente seja considerada portadora de deficiência física para aprovação em concurso de determinado órgão e não seja assim considerada para outro, no qual a função a ser desenvolvida é praticamente a mesma (atividade técnico-administrativa).

Ademais, é de se observar que o próprio laudo pericial que fundamentou a exclusão da recorrente no certame afirmou que ela é portadora do CID -10 Q.66.8. Grau I, ou seja, de deformidade congênita no pé, o que, de regra, amolda-se à parte final do inciso I do art. 4º do Decreto n. 3.298/1966. (fl. 253).

[...]

A análise das provas dos autos leva à conclusão de equívoco na decisão do Tribunal *a quo*, haja vista a violação do direito líquido e certo da impetrante, ora recorrente, de ser considerada portadora de deficiência, nos termos do art. 4º, inciso I, do Decreto n. 3.298/1999, e de ser considerada aprovada na segunda etapa do Concurso Público de Provas e de Títulos para Provimento de vagas e formação de Cadastro reserva para ingresso na Carreira dos Servidores do Ministério Público do Estado de Pernambuco. (fls. 253 e 254).

Ora, na conhecida lição de Hely Lopes Meirelles (*in* Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, São Paulo, Malheiros, 33ª ed., 2010, p. 39), “o objeto do mandado de segurança será sempre a *correção* de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo a direito individual ou coletivo, líquido e certo, do impetrante” (destaquei).

Segue-se, daí, que a correção na avaliação dos fatos na hipótese destes autos não só é possível, como também necessária e imperativa: suficientemente provada pela impetrante, por meio dos documentos idôneos que juntou à impetração, sua condição de pessoa com deficiência física, impõe-se reconhecer-lhe tal *status*, por força de inafastável incidência do que dispõe o art. 4º, inciso I, do Decreto n. 3.298/1999, ainda que o acórdão recorrido, com esteio em um só laudo pericial divergente, tenha decidido de modo diverso.

A propósito, a solução aqui preconizada em nada inova, apresentando-se em harmonia com precedentes que, em situação análoga, reformaram as conclusões dos Tribunais de origem. Confirmam-se:

Administrativo. Servidor público. Concurso público. Posse de deficiente auditivo unilateral. Possibilidade.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem, embora reconheça a surdez unilateral, julgou improcedente o *mandamus*, considerando que a impetrante não se enquadra no conceito de deficiente físico preconizado pelo art. 4º do Decreto n. 3.298/1999, com redação dada pelo Decreto n. 5.296/2004 (vigente ao tempo do edital).

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, no concurso público, é assegurada a reserva de vagas destinadas aos portadores de necessidades especiais acometidos de perda auditiva, seja ela unilateral ou bilateral.

3. Reexaminando os documentos anexos à exordial, depreende-se que, segundo o laudo médico emitido, a candidata tem malformação congênita (deficiência física) na orelha e perda auditiva no ouvido direito, o que caracteriza a certeza e a liquidez do direito ora vindicado, na espécie.

4. Agravo Regimental não provido.

(*AgRg no RMS n. 34.436-PE*, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 22.5.2012).

Recurso ordinário em mandado de segurança. Decadência. Não configuração. Deficiente visual. Visão monocular. Exclusão do benefício da reserva de vaga. Illegalidade.

I - O prazo para a impetração do *mandamus* começa a ser contado da ciência pelo interessado do ato que efetivamente lhe feriu o direito líquido e certo.

II - A visão monocular constitui motivo suficiente para reconhecer ao recorrente o direito às vagas destinadas aos portadores de deficiência física. Precedentes deste e Tribunal, bem como do Pretório Excelso.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RMS n. 26.105-PE, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 30.6.2008).

Diante do que se expôs, e em harmonia com o parecer ministerial, dá-se provimento ao presente recurso ordinário para, cassando o acórdão recorrido, *conceder-se a segurança*, em ordem a restabelecer a habilitação da candidata Roseane Batista Leite, ora recorrente, na primeira colocação da lista reservada às pessoas com deficiência, no concurso para o provimento do cargo de Técnico Ministerial, área administrativa, opção Jaboatão dos Guararapes.

É o voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 39.102-RO
(2012/0195505-1)**

Relator: Ministro Ari Pargendler

Recorrente: Simone de Melo

Advogado: Roberto Franco da Silva e outro(s)

Recorrido: Estado de Rondônia

Procurador: Regina Coeli Soares de Maria Franco e outro(s)

EMENTA

Concurso público. Correção de prova. Anonimato.

A atribuição de notas em concurso público constitui responsabilidade da respectiva comissão, e está fora do controle judicial; no entanto, o procedimento da comissão de concurso está sujeito ao crivo judicial sempre que contrarie as regras do edital.

Espécie em que, prevista no edital a regra do anonimato para a correção da prova, a comissão de concurso julgou recurso administrativo, identificando aquele que o interpôs.

Recurso ordinário 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, dar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina votaram com o Sr. Ministro Relator. Sustentou oralmente a Dra. Vera Carla Nelson Cruz Silveira, pela recorrente Simone de Melo.

Brasília (DF), 19 de março de 2013 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler, Relator

DJe 25.3.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Os autos dão conta de que Simone de Melo impetrou mandado de segurança contra ato do Presidente da Comissão do XIX Concurso Público para Ingresso no Cargo de Juiz Substituto da Carreira da Magistratura do Estado de Rondônia, forte na ilegalidade da correção da prova de sentença criminal da segunda fase do aludido processo seletivo (e-stj, fl. 42-62).

O relator deferiu a medida liminar para que a impetrante participasse das fases seguintes do concurso (e-stj, fl. 317-319).

O Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia denegou a segurança, nos termos do acórdão assim ementado:

“Mandado de segurança. Concurso público para magistratura. Prova de sentença. Recurso administrativo. Julgamento. Critérios de avaliação. Inexistência de ilegalidade. Ausência de direito líquido e certo. Ordem denegada.

Em concurso público, a regra do julgamento de recurso em sessão pública não se aplica quando o recurso interposto não contiver previsão legal, notadamente justificadas as razões de sua análise em sessão fechada e ausente qualquer prejuízo ao candidato.

Os critérios adotados pela banca na análise das respostas, principalmente em prova de sentença, de cunho eminentemente subjetivo, não podem ser revistos pelo

Judiciário, simplesmente porque feriria o próprio princípio da isonomia, ao utilizar seus próprios critérios para atribuir uma nota a candidato, diferentemente dos critérios que foram utilizados aos demais.

O princípio da isonomia não resta violado quando outros candidatos obtiveram a majoração de suas notas, por ocasião da revisão das provas, e não mero arredondamento, de todo incabível, ante a vedação dessa possibilidade no edital.

Não se constatando qualquer ilegalidade nos critérios de avaliação da banca examinadora do certame, não cabe ao Poder Judiciário, a revisão do acerto ou desacerto das respostas dadas pela candidata.

Ordem denegada, ante a inexistência de ofensa a direito líquido e certo” (e-stj, fl. 368-369).

Simone de Melo interpôs, então, recurso ordinário em mandado de segurança (e-stj, fl. 364-405), a teor de cujas razões:

“A recorrente é candidata inscrita no XIX Concurso Público para Ingresso no Cargo de Juiz Substituto da Carreira da Magistratura do Estado de Rondônia, regulado pelo Edital n. 001/2010. Foi aprovada na primeira fase do certame com 63 pontos e, na primeira prova da segunda fase (nas questões subjetivas) com 6.21 pontos.

Na segunda prova da segunda fase do concurso, obteve aprovação na sentença cível com nota 9.3. Na prova de sentença criminal a nota foi 4.5, decisão da qual apresentou recurso administrativo, que foi improvido, ao fundamento de que a prova em questão continha mais de 20 erros.

Ao analisar as razões de não provimento do recurso administrativo, a recorrente verificou que, dos erros apontados, 17 (dezessete) não correspondiam de forma alguma à fundamentação apresentada em sua prova de sentença criminal.

Diante da ausência de previsão no edital, de um novo recurso administrativo, a recorrente exerceu direito de petição para requerer, por meio de sessão pública, o decreto de nulidade da decisão do recurso e novo julgamento.

A Comissão do concurso, na data de 10.4.2012, reuniu-se em sessão fechada e, após deliberar acerca do pedido da recorrente, publicou decisão informando que recebeu o requerimento como ‘embargos de declaração para correção de erros materiais’. Ainda, além do reconhecimento da existência de erros não pertencentes à candidata, reconheceu que houve equívoco na pontuação inicial (4.5) e promoveu nova correção da sentença criminal, à qual atribuiu nota final 5.8 (cinco ponto oito), ou seja, apenas 0.2 (dois décimos) abaixo da nota de aprovação (fls. 150-151).

Em razão da nulidade do julgamento realizado em sessão fechada e, ainda, das ilegalidades cometidas, as quais geraram a pontuação 5.8 à correção da prova de sentença criminal, a recorrente ajuizou ação mandamental para demonstrar violação de direito líquido e certo” (e-stj, fl. 365-366).

A recorrente alega as seguintes nulidades:

a) “O Edital n. 001/2010 prevê expressamente a forma para realização dos julgamentos dos recursos no certame:

*Art. 84. A Comissão de Concurso, convocada especialmente para julgar os recursos, reunir-se-á em **sessão pública** e, por maioria de votos, decidirá pela manutenção ou pela reforma da decisão recorrida.*

Parágrafo único. Cada recurso será distribuído por sorteio e, alternadamente, a um dos membros da Comissão que funcionará como relator, vedado o julgamento monocrático’ (grifei).

O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução n. 75/2009, regulamento a questão, in verbis:

Art. 72. A Comissão convocada especialmente para julgar os recursos, reunir-se-á em sessão pública e, por maioria de votos, decidirá pela manutenção ou pela reforma da decisão recorrida.

Parágrafo único. Cada recurso será distribuído por sorte e, alternadamente, a um dos membros da Comissão que funcionará como relator, vedado o julgamento monocrático’ (grifei).

(...)

Ora, Nobre Ministro Relator, a candidata, diante de uma situação totalmente incomum, se deparou com flagrante ilegalidade no julgamento de seu recurso – atribuição de 17 erros que não se referiam à sua prova – e, optou pelo exercício do direito de petição na forma prevista na CF, art. 5º, inciso XXXIV.

Nesse contexto, o pedido foi recebido e, independentemente da nomenclatura que deveria ser utilizada para afastar a referida ilegalidade, a comissão tinha o dever legal e moral de sanar a nulidade. Contudo, apesar de acatar o pedido, o fez em solenidade fechada, na qual promoveu nova correção de prova de sentença criminal e deliberou como se fosse julgamento de recurso, razão pela qual deveria ter observado a publicidade do ato, independentemente do prejuízo que isso pudesse causar ao normal prosseguimento do certame” (e-stj, fl. 377-379);

b) “A primeira violação do princípio da isonomia está no fato que a recorrente foi a única candidata que teve seu recurso administrativo de sentença criminal avaliado de forma negligente pela entidade terceirizada, que atribuiu à sua prova 17 erros da prova de outro candidato” (e-stj, fl. 385);

c) “A segunda violação se verifica na circunstância de que as provas de sentença criminal de todos os demais candidatos foram corrigidas pela entidade terceirizada PUCRR, com critérios totalmente diferenciados dos utilizados pela Comissão na correção da prova da recorrente.

(...)

É flagrante a violação da isonomia. Enquanto todos os candidatos foram avaliados, diga-se, sem identificação, em obediência ao § 2º do art. 32 do Edital n. 001/2010, de forma singela, e, ainda, por um único examinador da PUCPR, a recorrente, depois de identificada, teve sua sentença recorrida por nove membros da Comissão neste Estado, ou seja, dois Desembargadores, seis juízes e um membro da OAB/RO” (e-stj, fl. 385-386).

d) “A terceira violação do princípio da isonomia decorre do fato de que, tendo a Comissão promovido correção originária da prova da candidata, então, de corolário lógico, deve ter garantido a possibilidade de interpor recurso administrativo, na forma prevista no Edital n. 001/2010-PR, art. 82” (e-stj, fl. 387);

e) “Ainda, a Comissão, apesar de realizar efetiva correção da prova de sentença criminal, proferiu decisão final como se tivesse julgando o recurso administrativo. Logo, promoveu com este ato a quarta violação do princípio da isonomia, pois, todos os demais candidatos recorrentes da sentença criminal, tiveram seus recursos julgados por meio de ‘parecer’ também emitido pela PUCPR, que foi apenas e tão somente acatado pela Comissão.

Nesse sentido, os referidos ‘pareceres’, emitidos por examinador da PUCPR (fls. 155 e 200), evidenciam com clareza a violação da isonomia, pois, 11 (onze) provas que, do mesmo modo que a recorrente obtiveram a nota 4.5 na prova de sentença criminal, 1 (uma) prova de nota 4.75 e 1 (uma) prova com pontuação 3.5, tiveram provimento parcial dos seus recursos para majorar a nota para 6.0, nota mínima para aprovação” (e-stj, fl. 387).

f) “A quinta violação ao princípio da isonomia pode ser identificada pelas notas atribuídas aos demais candidatos, os quais, na mesma fase do concurso, em relação a mesma prova de sentença criminal, tiveram efetivo arredondamento de notas.

(...)

Cumprе registrar que não foi afirmado nos autos a inexistência de notas fracionadas dentro do certame, tanto é assim que a pontuação na sentença cível formulada pela recorrente foi 9.3, e, na avaliação subjetiva 6.21, e isso foi informado já na peça inicial.

A tese de arredondamento de notas e a pretensão de sua aplicação também à recorrente, funda-se no fato de que, 13 (treze) candidatos do mesmo concurso, da mesma sentença criminal, da mesma fase recursal, tiveram revisão de nota, com singela fundamentação, para atingir exatamente a mesma pontuação, qual seja, a média 6.0 (seis), nota suficiente para aprovação para a próxima fase.

De fato pode parecer estranho que 13 candidatos tivessem arredondamento de notas em 1.5 (um ponto e meio), 1.25 (um ponto e vinte e cinco décimos) e 2.5 (dois pontos e meio). Contudo, não há outro termo para ser utilizado na aplicação de nota efetivada pelo examinador da PUCPR, nas provas dos referidos 13 (treze) candidatos.

A situação dos 13 (treze) candidatos citados evidencia que houve majoração de nota com efetivo arredondamento, pois, se tivessem seus recursos avaliados da mesma forma, pela mesma Comissão, com os mesmos critérios que a ora recorrente, por óbvio não atingiriam todos eles exatamente a mesma pontuação 6.0 (seis) e, este fato independe de prova, mas de simples raciocínio lógico” (e-stj, fl. 388-389);

g) “A Comissão, quando da correção da prova da recorrente violou também o princípio da legalidade e da proporcionalidade, conforme restará demonstrado.

(...)

Ocorre que, in casu, não se busca averiguar o conteúdo do gabarito divulgado pela PUCPR em relação à prova de sentença criminal, mas a ausência de adequada aplicação do mesmo à prova da recorrente, fato que configurava elemento do ato administrativo e não foi observado” (e-stj, fl. 398).

O Ministério Público Federal, na pessoa da Subprocuradora-Geral da República Dra. Darcy Santana Vitobello, opinou pelo provimento do recurso ordinário (e-stj, fl. 481-487).

VOTO

O Sr. Ministro Ari Pargendler (Relator): 1. Os autos dão conta de que o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia publicou edital de concurso público, visando o provimento de 15 (quinze) cargos vagos de juiz de direito substituto,

mais aqueles que surgissem durante o respectivo prazo de validade (e-stj, fl. 25-47).

A Pontifícia Universidade Católica do Paraná foi encarregada de elaborar as questões submetidas aos candidatos e de corrigir as respectivas provas; veja-se, a esse propósito, o timbre dessa instituição na capa da prova de sentença cível (e-stj, fl. 89) e na capa da prova da sentença criminal (e-stj, fl. 108), bem como a peça em que a Comissão de Concurso se refere aos “*critérios de correção divulgados pela instituição terceirizada*” (e-stj, fl. 217).

A nota atribuída à Recorrente na sentença criminal, qual seja, a de 4,5 (quatro e meio), foi inferior a de 6,00 (seis) que era a nota mínima exigida para a aprovação no aludido processo seletivo (e-stj, fl. 146-161).

A Recorrente interpôs recurso administrativo dessa decisão, porque a correção da aludida prova, que deveria observar critérios prefixados, atinentes ao conteúdo e a qualidade da sentença (e-stj, fl. 162-169), deles havia alegadamente se desviado (e-stj, fl. 171-197).

O recurso foi desprovido (e-stj, fl. 198-205), adotando-se integralmente o “*parecer prévio enviado (...) pela PUC-PR*” (e-stj, fl. 207), e a Recorrente interpôs outro, desta feita para enfatizar que os erros flagrados na prova corrigida não diziam respeito à prova realizada por ela (e-stj, fl. 206-214 e 215-216).

A Comissão de Concurso reuniu-se, reservada e extraordinariamente, recebeu a petição como embargos de declaração “*para correção de erros materiais*” (e-stj, fl. 217) e majorou a nota da Recorrente na aludida prova para 5,8 (cinco vírgula oito), ainda insuficiente para a aprovação (e-stj, fl. 217).

Lê-se na respectiva ata:

“Inicialmente o presidente colocou à discussão o pedido da candidata para que novo julgamento de seu recurso fosse realizado mediante audiência pública, ponderando sua inconveniência diante da delonga que acarretaria com publicações, convocações e demais procedimentos, o que colocaria em risco a realização das próximas fases do certame (exames médicos e psicotécnicos, entrevistas, prova oral), já em data próxima, com toda a monumental estrutura movimentada. Propôs que sua peça fosse recebida como embargos de declaração para correção de erros materiais, no que foi acompanhado por todos os membros da Comissão” (e-stj, fl. 219).

Seguiu-se a impetração do mandado de segurança (e-stj, fl. 02-22), denegado pelo Tribunal *a quo*, porque a comissão de concurso é soberana na “*análise dos recursos interpostos*” (e-stj, fl. 340), com a observação de que o

juízo dos embargos de declaração não estava sujeito a sessão pública, a um, porque o aprazamento desta prejudicaria o cronograma do concurso público, e, a dois, porque não se tratava de recurso, mas de petição conhecida “por mera liberalidade” da Comissão de Concurso, “fora do contexto e da fase própria do recurso” (e-stj, fl. 331).

2. Daí se depreende que a instituição terceirizada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia tomou a prova de outrem como se fosse a prova da Recorrente. O fato passou despercebido por ocasião do julgamento do recurso administrativo, mas a final foi reconhecido no âmbito de embargos de declaração, oportunidade em que a Comissão de Concurso corrigiu a prova de sentença criminal da Recorrente, cujo resultado final foi a nota de 5,8 (cinco vírgula oito).

O julgamento dos embargos de declaração foi realizado a portas fechadas, e não em sessão pública como previsto no edital do concurso. A correção das provas não estava no âmbito de competência da Comissão de Concurso, porque disso fora incumbida a Pontifícia Universidade Católica do Paraná, a qual havia corrigido as provas dos demais candidatos. Ainda: a prova fora identificada pela Comissão de Concurso, quebrando regra do edital que a vedava.

O voto vencido do Desembargador Gilberto Barbosa no Tribunal *a quo* evidenciou ainda outras circunstâncias que revelam o tratamento desigual sofrido pela Recorrente; depois de acentuar a ocorrência do erro material, evidenciado pela circunstância de que 17 (dezesete) dentre os 27 (vinte sete) erros originariamente identificados na prova não existiam, enfatizou que

“(...) outros onze candidatos obtiveram a nota elevada de 4,5 para 6,0 – Bruno dos Anjos, Bruno Rua Baptista, Eugênia Amábilis Gregorius, Fabiano Lúcio Graças Costa, Fabrizio Amorim de Menezes, Fernando Augusto Chacha de Rezende, Kellen Barbosa da Costa, Luis Delfino César Júnior, Rafael Lopes Lorenzoni, Suara Lúcia Otto Barboza de Oliveira e Wesley Marques Branquinho.

Não fosse o suficiente, outro candidato (Gleucival Zeed Estevão) saltou espetacularmente do conceito 3,5 para 6,0. Portanto, quase o dobro da nota que inicialmente lhe foi conferida pela mesma Comissão Examinadora.

E mais, à exceção da impetrante, nenhum dos citados, absolutamente nenhum, teve a nota fracionada em décimo, todos saltaram para os seis pontos necessários para a aprovação nesta fase do certame. Essa postura, com penhoradas vênias, caracteriza marcado descompasso com a isonomia no critério utilizado para reavaliação da prova à luz dos recursos administrativos.

Não posso olvidar, ainda, que a impetrante trouxe prova pré-constituída de que outros candidatos, após singela fundamentação e análise de seus recursos, obtiveram a nota mínima necessária, enquanto a Comissão, no seu caso, realizou minuciosa revisão da sentença para, após afastar 17 erros que lhes foram equivocadamente imputados, obstar sua aprovação por ínfimos dois décimos de ponto. Isto, convenha-se, macula, sobremaneira, o princípio da razoabilidade” (e-stj, fl. 343-344).

Nesse contexto, a sentença deve ser reformada.

Com efeito, aqui não está em causa o truísmo de que ao Judiciário é vedado substituir-se à comissão de concurso para revisar as notas dos candidatos. A questão é outra, e consiste em saber se o Judiciário pode, depois de comprovado o erro material na correção de uma prova (*erro este resultante da troca de uma prova por outra*), reparar o dano decorrente do tratamento desigual dado a um dos participantes do processo seletivo.

A desigualdade do tratamento está documentada nos autos, e já foi relatada, a saber:

* revisão da nota a portas fechadas (*as notas dos demais candidatos foram alteradas em sessão pública*);

* mediante a identificação prévia da candidata (*os demais candidatos tiveram a garantia do anonimato*);

* realizada pela Comissão de Concurso (*as provas dos demais candidatos foram corrigidas pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná*).

Com certeza, isso não resultou da falta de lisura da Comissão de Concurso. Ter-lhe-ia sido mais prático desconhecer a petição que recebeu como embargos de declaração, porque a isso não estava obrigada. O fato de que, já julgado o recurso administrativo, tenha reconhecido o erro material constitui uma prova de que estava afinada com o princípio da moralidade administrativa. Acossada pelos prazos do concurso, deixou de perceber que o procedimento seguido contrariava o edital. O Judiciário pode controlar a legalidade desse procedimento.

Quid?

Nesta altura, já não é possível restaurar o *statu quo ante*. O processo seletivo seguiu seus trâmites. A Recorrente foi bem sucedida no Curso de Formação. Seus colegas foram nomeados e exercem o cargo de juiz de direito substituto. O anonimato da Recorrente se desfez. Não há outra solução que a de conceder a ordem.

Voto, por isso, no sentido de dar provimento ao recurso ordinário para conceder o mandado de segurança, declarando que a Recorrente foi aprovada na prova de sentença criminal nos termos do item 2 do pedido.

RECURSO ESPECIAL N. 1.183.210-RJ (2010/0039753-7)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima
Recorrente: Município do Rio de Janeiro
Procurador: Gustavo da Gama Vital de Oliveira e outro(s)
Recorrido: Monte Criação e Produção Ltda. e outro
Advogado: Luciana Loureiro Terrinha e outro(s)

EMENTA

Tributário. Recurso especial. Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN. Cessão de direito autoral. Não incidência. Ausência de previsão legal. Recurso especial conhecido e não provido.

1. “O exame de qualquer texto de lei complementar em matéria tributária há de ser efetuado de acordo com as regras constitucionais de competência. É o que ocorre com o Decreto-Lei n. 406/1968 (com a redação dada pela Lei Complementar n. 56/1987) e com a Lei Complementar n. 116/2003, do mesmo modo, com as legislações municipais, cujos termos só podem ser compreendidos se considerada a totalidade sistêmica de ordenamento, respeitando-se os limites impostos pela Constituição à disciplina do ISS” (Paulo de Barros Carvalho. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008, p. 682-683).

2. O Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN não incide sobre a cessão de direito autoral, porquanto não se trata de hipótese contemplada na lista anexa à Lei Complementar n. 116/2003.

3. A interpretação extensiva é admitida pela jurisprudência quando a lei complementar preconiza a hipótese de incidência do ISS

sobre serviços congêneres, correlatos, àqueles expressamente previstos na lista anexa, independentemente da denominação dada pelo contribuinte. Se o serviço prestado, não se encontra ali contemplado, não constitui fato gerador do tributo e, por conseguinte, não há falar em interpretação extensiva. É natureza do serviço prestado que determina a incidência do tributo.

4. O direito de uso, em sua acepção ampla, tem sua disciplina no Código Civil, regime jurídico absolutamente distinto. Não se confunde com o direito autoral, regulado por lei específica, qual seja, a Lei n. 9.610/1998. Inexiste correlação entre ambos. Nesse contexto, não há falar que a cessão de direito autoral é congênera à de direito de uso, hábil a constituir fato gerador do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN.

5. A tentativa de aproximar a cessão de direitos autorais da locação de bem móvel, a fim de viabilizar a tributação, além de incabível pelas mesmas razões expostas em relação ao direito de uso, é absolutamente despropositada, tendo em vista a não incidência do ISSQN na hipótese, nos termos do Enunciado da Súmula Vinculante n. 31-STF, que dispõe: “É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis”.

6. Recurso especial conhecido e não 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 especial, mas negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 7 de fevereiro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Trata-se de recurso especial interposto pelo *Município do Rio de Janeiro* em desfavor de *Monte Criação e Produção Ltda.* e *Monte Songs Edições Musicais Ltda.*, com fundamento no art. 105, inciso III, letra **a**, da Constituição Federal, em que se insurge contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado Rio de Janeiro assim ementado (fl. 446e):

Apelação. Mandado de segurança. Imposto Sobre Serviços (ISS). Cessão de direitos autorais. Não incidência. A Lei Complementar n. 116/1991 não estabelece como hipótese de incidência tributária a cessão de direitos autorais. O direito autoral diz respeito à obra de criação do artista e não a uma prestação de fazer, a um serviço. Tendo natureza de bem móvel, sua cessão também guarda a mesma natureza. A lei municipal não pode estabelecer hipótese de incidência tributária não prevista na Lei Complementar Federal. A definição da hipótese de incidência é matéria reservada ao legislador federal, obedecendo à repartição da competência tributária constitucional. O Imposto sobre o Serviço não incide sobre obrigação de dar, mas sobre a obrigação de fazer, razão pela qual se revela ilegal sua exigência em operação de cessão de direito autoral. Reforma da sentença. Conhecimento e provimento do recurso.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 456-457e).

O recorrente aponta violação ao art. 267, IV, do CPC, à asserção de que o presente mandado de segurança “não se dirige contra nenhum ato concreto da Impetrada de cobrança de ISS, relativa aos serviços prestados mediante cessão, mas apenas contra lei em tese” (fl. 463e), a atrair o óbice da Súmula n. 266-STF. Aduz que a rejeição dos embargos de declaração deu-se mediante ofensa ao art. 535 do CPC, por entender que não foram sanadas omissões relevantes.

Sustenta, quanto ao mérito, que, “ao entender que não existia previsão legal para a cobrança do ISS sobre locação de bem móvel após o advento da Lei Complementar n. 116/2003, o v. acórdão acabou por violar o item 3 da lista, que prevê expressamente a incidência do ISS sobre os serviços prestados mediante locação” (fl. 464e).

Alega, ainda, que “deve prevalecer o entendimento de que a Lista de Serviços constante da Lei Complementar n. 116/2003, e cada um de seus itens, pode ser interpretada de forma ampla, até mesmo em virtude do emprego de expressões como ‘congêneres’ ou ‘correlatos’” (fl. 465e).

Apresentadas contrarrazões (fls. 515-528e), e inadmitido o especial na origem, subiram os autos a este Superior Tribunal, por força de decisão em agravo de instrumento (fls. 679-680e).

Em parecer conclusivo (fls. 688-692e), o Ministério Público opinou pelo improvemento do recurso especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator): Inicialmente, quanto à alegação de ofensa ao art. 535, II, do CPC, esta Corte possui entendimento firmado no sentido de que o órgão julgador, desde que tenha apresentado fundamentos suficientes para sua decisão, tal como ocorreu no presente caso, não está obrigado a responder um a um os argumentos formulados pelas partes (REsp n. 300.057-RJ, Rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma, DJ 17.11.2003).

Outrossim, no tocante à suscitada ofensa ao art. 267, IV, do CPC, impõe-se ressaltar que há longa data encontra-se superada a discussão a respeito do cabimento de mandado de segurança preventivo em discussões de natureza tributária, quando comprovada a subsunção da atividade da impetrante à incidência do tributo, hipótese em que não se discute lei em tese, a atrair o óbice da Súmula n. 266-STF. Nesse sentido: REsp n. 1.125.059-SC, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 15.12.2009.

Narram os autos que a cantora Marisa Monte celebrou contratos por meio dos quais restou pactuado que a artista cederá, a título gratuito e por tempo determinado, os direitos autorais das obras artísticas e literárias de sua titularidade às recorridas, que, por sua vez, os cedem, a título oneroso, a terceiros.

Com a finalidade de não se sujeitar à incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN incidente sobre a cessão onerosa de direitos autorais, as ora recorridas impetraram o presente mandado de segurança, de caráter preventivo.

A sentença denegou a segurança. No entanto, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu provimento à apelação, a fim de conceder à ordem, ao fundamento de que o ISSQN “não incide sobre obrigação de dar, mas sobre a obrigação de fazer, razão pela qual se revela ilegal sua exigência em operação de cessão de direito autoral” (fl. 446e).

De acordo com os arts. 146, III, **a**, e 156, III, da Constituição Federal, compete aos municípios e ao Distrito Federal instituir impostos sobre serviços de qualquer natureza, definidos em lei complementar, a qual, por sua vez, também cabe estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre definição de tributos e suas espécies, bem como os respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes.

Desse modo, segundo o texto constitucional, cabe à lei complementar, entre outros, definir o fato gerador do ISSQN, quer dizer, os serviços submetidos à incidência do tributo, assim como sua base de cálculo.

O binômio hipótese de incidência/base de cálculo agrega ao mesmo tempo o pressuposto do desenho puramente normativo e a necessária existência de grandeza mensurável, ou seja, o conteúdo econômico, indispensáveis à exigência de tributo.

Com efeito, a descrição hipotética do denominado fato jurídico tributário é matéria reservada à lei complementar, de modo que as leis municipais e distritais que vieram a instituir o ISSQN, no âmbito de sua competência, não podem criar novo fato gerador, tampouco disciplinar de modo diverso sua base de cálculo, sob pena de extrapolar os estritos limites estabelecidos pelo texto constitucional.

A propósito, transcrevo a lição de Paulo de Barros Carvalho (*Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008, pp. 682-683):

O exame de qualquer texto de lei complementar em matéria tributária há de ser efetuado de acordo com as regras constitucionais de competência. É o que ocorre com o Decreto-Lei n. 406/1968 (com a redação dada pela Lei Complementar n. 56/1987) e com a Lei Complementar n. 116/2003, do mesmo modo, com as legislações municipais, cujos termos só podem ser compreendidos se considerada a totalidade sistêmica de ordenamento, respeitando-se os limites impostos pela Constituição à disciplina do ISS.

As normas aplicáveis ao ISSQN eram definidas pelo Decreto-Lei n. 406/1968. A Lei Complementar n. 116/2003 revogou alguns dispositivos do referido diploma legal, trazendo nova lista de prestações de serviços sujeitas à incidência do tributo.

Como se sabe, o ISSQN recai, em regra, sobre a prestação de serviços de qualquer natureza, realizada de forma onerosa a terceiros.

Dispõe a Lei Complementar n. 116/2003:

Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses serviços não se constituam como atividade preponderante do prestador.

(...)

Art. 7º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

Assim, em regra, somente serão considerados serviços para efeito de tributação do ISSQN aqueles expressamente definidos na lei complementar. Não se mostra aceitável, pela interpretação sistemática, que o tributo incida sobre outros fatos geradores, ainda que previstos em lei municipal ou distrital.

É certo, outrossim, que a jurisprudência tem admitido uma interpretação extensiva da lista anexa em referência ao serviços congêneres, mormente em razão do fato de que a incidência do imposto não depende da denominação dada ao serviço prestado, segundo expressamente prevê o § 4º do art. 1º da Lei Complementar n. 116/2003. Nesse sentido:

Agravo regimental no recurso especial. Tributário. ISSQN. Serviços bancários. Entendimento do Tribunal *a quo* de que alguns dos serviços cobrados pelo município não estão contemplados na lista anexa ao DL n. 406/1968. Rol taxativo. Interpretação extensiva. Orientação que coincide com o pronunciamento desta Corte em julgado sob o regime do art. 543-C do CPC (REsp n. 1.111.234-PR, rel. Min. Eliana Calmon, DJe 8.10.2009). Averiguação do enquadramento da atividade na referida lista que demandaria incursão em seara de defesa a esta Corte, ante o óbice da Súmula n. 7-STJ. Agravo regimental do município de Santos desprovido.

1. Conforme a orientação desta egrégia Corte Superior, é taxativa a Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968, para efeito de incidência de ISS, admitindo-se, em ampliação aos já existentes, apresentados com outra nomenclatura, o emprego da interpretação extensiva para serviços congêneres (interpretação extensiva, observado, contudo, a natureza dos serviços).

2. O aresto recorrido explicitou que a tributação vergastada recaiu sobre as contas denominadas guarda de documentos (custódia) e outras rendas, não contempladas nos itens 95 e 96 da Lista anexa à Lei Complementar n. 56/1987 e sem qualquer indicação, ou prova, de que se referiam a serviços congêneres aos listados, ou da mesma natureza, apenas prestados sob diversa denominação.

3. Para se chegar à conclusão diversa da firmada pelas instâncias ordinárias seria necessário o reexame de matéria fático-probatória, o que encontra óbice na Súmula n. 7 desta Corte, segundo a qual a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

4. Agravo Regimental do *Município de Santos* desprovido. (AgRg no REsp n. 1.260.079-SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 7.5.2012).

Tributário. ISSQN. Agravo regimental no agravo de instrumento. Serviço aéreo de pulverização. Lista anexa à Lei Complementar n. 116/2003. Taxatividade. Interpretação extensiva dos itens previstos na lista anexa. Possibilidade.

1 - A jurisprudência iterativa do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a Lista de Serviços com a finalidade de incidência de ISS é taxativa, admitindo-se, no entanto, leitura extensiva de cada item, para que se enquadrem serviços idênticos aos expressamente previstos.

2 - A Lei Complementar n. 116/2003 formalizou no item 7.13, a tributação dos serviços de pulverização de lavouras, não importando o modo pelo qual ele é efetivamente realizado, por via aérea ou terrestre.

3 - Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag n. 1.157.828-PR, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 20.11.2009).

Ocorre que a possibilidade de interpretação extensiva não pode determinar a sujeição ao ISSQN de serviços não albergados pela lei complementar, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. Isso porque constituem fato gerador do ISSQN aqueles taxativamente previstos na lista anexa à Lei Complementar n. 116/2003. Se o serviço prestado não está contemplado pela lei em tela não pode ser oferecido à tributação.

Por oportuno, a respeito do princípio da legalidade, cabe transcrever a lição de Luciano Amaro, para quem “não tem a autoridade administrativa o poder de decidir, no caso concreto, se o tributo é devido ou quanto é devido. A obrigação tributária é uma decorrência necessária da incidência da norma sobre o fato concreto, cuja existência é suficiente para o nascimento daquela obrigação (CTN, art. 114)” (*Direito tributário brasileiro*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 112).

A interpretação extensiva é admitida pela jurisprudência quando a lei complementar preconiza a hipótese de incidência do ISSQN sobre serviços congêneres, correlatos, àqueles expressamente previstos na lista anexa, independentemente da denominação dada pelo contribuinte. Se o serviço prestado, não se encontra ali contemplado, não constitui fato gerador do tributo e, por conseguinte, não há falar em interpretação extensiva. É natureza do serviço prestado que determina a incidência do tributo.

Nesse contexto, entendo que não merece reparos o voto condutor do acórdão recorrido, proferido pelo Desembargador Rogério de Oliveira Souza, ao assentar (fls. 447e):

A taxatividade do rol não impede que seja feita interpretação ampla e analógica, a fim de abranger serviços de mesma natureza, mas de nomenclatura diversa, atribuindo real efetividade máxima à norma tributária e evitar subterfúgios do contribuinte.

Tal interpretação não poderá, no entanto, violar o direito do contribuinte de ter pré-definido o tributo em todas as suas características, especificamente, qual é a sua hipótese de incidência.

É a aplicação prática do princípio e da garantia constitucional de que não há tributação sem lei prévia.

A seu turno, lei municipal não poderá elencar serviço não previsto na lista que integra a Lei Complementar n. 116/1991 e criar nova hipótese de incidência tributária não definida e autorizada pelo Legislador Maior.

Para fins de adequação de serviços sujeitos ao imposto municipal (ISS) é relevante a natureza jurídica do serviço e não a sua nomenclatura, pois é impossível ao legislador prever todas as hipóteses de forma específica e pormenorizada.

No caso dos autos, a cessão de direito autoral não está prevista expressamente dentre as hipóteses de incidência do Imposto Sobre Serviço, descritas no anexo a Lei Complementar n. 116/2003, havendo, portanto, a necessidade de perquirir quanto à própria natureza da cessão de direito autoral, para eventualmente subsumi-la ao referido anexo.

No caso, o Município do Rio de Janeiro defende que o item 3 da lista anexa à Lei Complementar n. 116/2003, que cuida dos “Serviços prestados mediante locação, cessão de direito de uso e congêneres” deve ser interpretado de forma extensiva, de modo a albergar a cessão de direitos autorais.

Os direitos autorais são aqueles inerentes à proteção ao autor das obras intelectuais decorrentes, nos termos do art. 7º da Lei n. 9.610/1998, que disciplina a matéria, das “criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”, tais como, entre outros expressamente previstos, os textos literários, científicos, artísticos, as obras coreográficas, audiovisuais, fotográficas e cinematográficas e as composições musicais, tenha ou não letra.

Dispõe, ainda, a Lei n. 9.610/1998:

Art. 3º. Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis.

(...)

Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações:

(...)

Art. 50. A cessão total ou parcial dos direitos de autor, que se fará sempre por escrito, presume-se onerosa.

O desenho normativo específico dos direitos autorais impede que a ele seja extensível qualquer interpretação que compreenda a cessão do direito de uso em caráter geral.

Na sua singularidade, há na lei proteção de natureza moral e patrimonial aos direitos autorais, segundo expressamente previsto no art. 22 da Lei n. 9.610/1998. Os direitos morais, de que cuidam os arts. 24 a 27, produzem efeitos *ad aeternum*, reconhecendo o vínculo permanente entre autor e obra, visando à preservação de sua imagem. Os direitos patrimoniais, por sua vez, disciplinados nos arts. 28 a 45, referem-se à possibilidade de exploração econômica da obra tanto pelo seu criador quanto por seus representantes legais, estendendo-se por mais 70 anos após a morte do autor.

Ademais, a transmissão dos direitos do autor far-se-á sempre por escrito e será averbada à margem do registro próprio, de que cuida o art. 19 da Lei n. 9.610/1998. Não se encontrando a obra assim registrada, deverá ser lavrado o instrumento em Cartório de Títulos e Documentos, conforme o art. 50 do citado diploma legal.

O direito de uso, em sua acepção ampla, por sua vez, tem sua disciplina no Código Civil, regime jurídico absolutamente distinto. Não se confunde com o direito autoral, regulado por lei específica. Inexiste correlação entre ambos. Nesse contexto, não há falar que a cessão de direito autoral é congênere à de direito de uso, hábil a constituir fato gerador do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN.

Por fim, a tentativa do recorrente de aproximar a cessão de direitos autorais da locação de bem móvel, a fim de viabilizar a tributação, além de incabível pelas mesmas razões expostas em relação ao direito de uso, é absolutamente despropositada, tendo em vista a não incidência do ISSQN na hipótese, nos termos do Enunciado da Súmula Vinculante n. 31-STF, que dispõe: “É

inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis”.

Ante o exposto, *conheço* do recurso especial e *nego-lhe provimento*.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.189.690-RJ (2010/0066739-3)

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Recorrente: Rossi Cattapan Incorporadores Ltda.

Advogado: Selma Cardoso

Recorrido: Município do Rio de Janeiro

Procurador: Antônio Dias Martins Neto e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Ação rescisória. Prazo decadencial. Matéria de ordem pública. Exame pela instância de origem, independentemente de provocação das partes. Questão suscitada em embargos de declaração. Não apreciação. Preclusão. Inaplicabilidade. Omissão configurada. Violação ao art. 535, II, do CPC. Retorno dos autos ao Tribunal de origem para novo julgamento dos embargos declaratórios, com pronunciamento expresso a respeito da questão.

1. Caso em que a Corte de origem, no acórdão pelo qual foi julgada procedente a rescisória, não se pronunciou acerca do prazo decadencial para ajuizamento da ação, ensejando a oposição de embargos declaratórios, os quais foram rejeitados, ante a aplicação dos efeitos da preclusão.

2. Violação ao art. 535, II, do CPC caracterizada, pois cabia ao Tribunal *a quo* examinar, no julgamento da ação rescisória, independentemente de provocação das partes, a questão de ordem pública alusiva à decadência. Como não o fez, era de se esperar que

acolhesse os embargos de declaração opostos, a fim de que fosse sanada a omissão e fosse realizado, de maneira fundamentada, o controle da tempestividade da ação rescisória. Em outras palavras, a Corte de origem não poderia aplicar, quanto à decadência, os efeitos da preclusão.

3. Reconhecida a violação ao art. 535, II, do CPC, impõe-se a anulação do acórdão proferido no julgamento dos embargos de declaração, restando prejudicada a análise dos demais tópicos do apelo especial (*REsp n. 1.185.288-RJ*, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 17.5.2010).

4. Recurso conhecido em parte e, nessa extensão, provido, para, assentando a nulidade do acórdão recorrido por violação ao art. 535, II, do CPC, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a fim de que seja realizado novo julgamento dos embargos de declaração, com manifestação expressa a respeito da tempestividade da ação rescisória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento para, assentando a nulidade do acórdão recorrido por violação ao art. 535, II, do CPC, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a fim de que seja realizado novo julgamento dos embargos de declaração, com manifestação expressa a respeito da tempestividade da ação rescisória, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Assistiu ao julgamento o Dr. Rafael Ávila Cardoso, pela parte recorrente: Rossi Cattapan Incorporadores Ltda.

Brasília (DF), 19 de março de 2013 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 25.3.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Trata-se de recurso especial interposto, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

Rescisória. Coisa julgada. Afronta. Expurgos inflacionários. Cálculo anterior que não os contemplou. Cálculo novo.

1 - O ordenamento processual menciona a sentença de mérito transitada em julgado, cuja expressão apresenta-se em seu sentido amplo e como sinônimo de decisão de mérito, como um dos requisitos essenciais ao direito de ajuizamento da ação rescisória.

2 - Nesse âmbito e na medida em que aprecia o conteúdo da própria questão controvertida, a decisão sobre cálculos de liquidação soluciona o mérito dessa discussão e afigura-se impugnável por meio da ação rescisória.

3 - Nesse aspecto, afronta a coisa julgada o acórdão que admite novo cálculo de expurgos inflacionários anteriores à outras contas que não os incluíram, todas já homologadas por decisões de mérito trânsitas em julgado e pagos os respectivos precatórios.

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados, nos seguintes termos:

Embargos de declaração. Efeito modificativo. Reexame da matéria. Inadmissibilidade.

1 - Admite-se efeito modificativo dos embargos de declaração apenas quando da obscuridade, contradição ou omissão do julgado resultar em sua alteração.

2 - Os embargos de declaração são sede imprópria para a manifestação de inconformismo com o julgado, eis que carece de caráter infringente e, salvo as hipóteses específicas, nele não se devolve o exame da matéria à Câmara.

A parte recorrente afirma, preliminarmente, que a Corte de origem, ao não se pronunciar sobre a questão alusiva à decadência da ação rescisória, violou o art. 535, II, do CPC. No mérito, aduz que o TJRJ desconsiderou “*o caráter de extinção da obrigação*” e afastou “*a incidência do artigo 320 do Código Civil/2002*”, ao determinar “*a rescisão do julgado, com a elaboração de novos cálculos sem o cômputo dos expurgos inflacionários*” (fl. 957 e-STJ). Afirma que foi violado o art. 495 do CPC (pois já havia transcorrido o prazo decadencial de dois anos quando a ação rescisória foi ajuizada). Sustenta a existência de dissídio jurisprudencial quanto à inclusão dos expurgos inflacionários em precatório complementar.

Não foram apresentadas contrarrazões (conforme certidão de fl. 1.114 e-STJ).

Em 19.2.2013, deferi medida liminar na MC n. 20.592-RJ, para suspender a execução do acórdão pelo qual foi julgada procedente a ação rescisória, até o trânsito em julgado da decisão a ser proferida no presente recurso especial. Em 1º.3.2013, o Município do Rio de Janeiro interpôs contra essa decisão agravo regimental, ainda pendente de julgamento.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Geraldo Brindeiro, opinou pelo provimento do apelo especial.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): Foram atendidos os pressupostos gerais de recorribilidade: os documentos de fls. 586 e 1.091-1.096 e-STJ revelam a regularidade da representação processual e do preparo e o recurso é tempestivo, pois a publicação do acórdão dos embargos de declaração se deu em 8.7.2008 e o ajuizamento do especial ocorreu em 23.7.2008.

A Corte de origem, no acórdão pelo qual foi julgada procedente a rescisória, não se pronunciou acerca do prazo decadencial para ajuizamento da ação.

Com o objetivo de ver sanada a omissão, a empresa ré (ora recorrente) opôs embargos declaratórios, sustentando, em síntese, que, quando do ajuizamento da ação rescisória, já se havia esgotado o prazo decadencial de 2 (dois) anos.

O Tribunal fluminense, no entanto, negou provimento aos embargos, adotando a seguinte fundamentação:

[...]

As questões suscitadas pela embargante – início da fluência do prazo decadencial e inexistência de ressalva quando do depósito – não foram levantadas em contestação e, conseqüentemente, não foram apreciadas por este órgão. Portanto, inexistente omissão no acórdão embargado.

Ressalte-se que este órgão julgador não é obrigado a fazer menção expressa aos dispositivos legais invocados pela embargante, sendo necessário apenas que aprecie e solucione as questões insertas nos artigos citados pelo recorrente.

[...]

Nesse contexto, foi violado o art. 535, II, do CPC. Isso porque a Corte de origem deveria ter examinado, no julgamento da ação rescisória, independentemente de provocação das partes, a questão de ordem pública alusiva à decadência. Como não o fez, era de se esperar que acolhesse os embargos de declaração opostos pela ora recorrente, a fim de que fosse sanada a omissão e fosse realizado, de maneira fundamentada, o controle da tempestividade da ação rescisória. Em outras palavras, a Corte de origem não poderia aplicar, quanto à decadência, os efeitos da preclusão.

A propósito, vale destacar a lição de José Carlos Barbosa Moreira, para quem:

“Em mais de um momento pode o órgão judicial controlar a tempestividade do ajuizamento da ação rescisória – o que sempre lhe é dado fazer *ex officio* (Código Civil, art. 210). Conforme resulta da conjugação do disposto no art. 490, n. I, com a norma do art. 295, n. IV, verificada *primo ictu oculi* a decadência, cabe ao próprio relator do feito indeferir a petição inicial.

[...]

Caso o relator não dê pela decadência e profira decisão de saneamento, nem assim, ao nosso ver, ocorrerá preclusão, pois ao órgão julgador da rescisória ainda não se terá aberto a oportunidade de pronunciar-se acerca da matéria, e não se lhe pode subtrair à cognição, no julgamento da causa, esse aspecto do mérito. Na sessão em que o feito lhe for submetido, tocará ao colegiado, como etapa preliminar do *iudicium rescindens*, examinar a questão, declarando a decadência, se for o caso – o que o dispensará de prosseguir na atividade cognitiva.

(In Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. V, 16ª edição, 2012, Rio de Janeiro: Editora Forense, pp. 222-223).

Nesse sentido é a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, como demonstram os seguintes precedentes:

Processual Civil. Bem absolutamente impenhorável. Nulidade absoluta. Alegação a qualquer tempo. Possibilidade. Questão de ordem pública. Preclusão. Inexistência. Precedentes.

1. “Em se tratando de nulidade absoluta, a exemplo do que se dá com os bens absolutamente impenhoráveis (CPC, art. 649), prevalece o interesse de ordem pública, podendo ser ela argüida em qualquer fase ou momento, devendo inclusive ser apreciada de ofício” (REsp n. 192.133-MS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 4.5.1999, DJ 21.6.1999, p. 165).

2. Esta Corte tem pronunciando no sentido de que as matérias de ordem pública (e.g. prescrição, decadência, condições da ação, pressupostos processuais,

consectários legais, incompetência absoluta, impenhorabilidade, etc) não se sujeitam à preclusão, podendo ser apreciadas a qualquer momento nas instâncias ordinárias.

Agravo regimental improvido.

(*AgRg no AREsp n. 223.196-RS*, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 24.10.2012).

Processual Civil. Recurso especial. [...] Arguição de nulidade da citação. Preclusão. Inocorrência.

[...]

2. Os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, assim como as condições da ação - matérias de ordem pública -, não se submetem à preclusão nas instâncias ordinárias.

3. A nulidade da citação constitui matéria passível de ser examinada em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de provocação da parte; em regra, pode, também, ser objeto de ação específica ou, ainda, suscitada como matéria de defesa em face de processo executivo. Trata-se de vício transrescisório. Precedente.

4. O defeito ou a ausência de citação somente podem ser convalidados nas hipóteses em que não sejam identificados prejuízos à defesa do réu.

5. Recurso especial parcialmente provido.

(*REsp n. 1.138.281-SP*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 22.10.2012).

[...] Alegação de ilegitimidade passiva *ad causam* do executado (antigo proprietário do imóvel objeto da tributação). Matéria de ordem pública suscetível em sede de exceção de pré-executividade. Preclusão na instância ordinária. Inocorrência. [...]

1. As condições da ação e os pressupostos processuais, matérias de ordem pública, não se submetem à preclusão para as instâncias ordinárias, podendo ser examinadas a qualquer tempo, mesmo de ofício pelo Juiz, enquanto estiver em curso a causa, *ex vi* do disposto no artigo 267, § 3º, do Código de Processo Civil.

[...]

(*REsp n. 818.453-MG*, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 2.10.2008).

[...]

II - Recurso especial da União - Ausência de prequestionamento. Súmula n. 211-STJ. Omissão de julgado. Inocorrência. Condições da ação. Matéria de ordem pública. Preclusão. Inocorrência.

[...]

3. A jurisprudência do STJ firmou orientação no sentido de que, "nas instâncias ordinárias, não há preclusão em matéria de condições da ação e pressupostos

processuais enquanto a causa estiver em curso, ainda que haja expressa decisão a respeito, podendo o Judiciário apreciá-la mesmo de ofício (arts. 267, § 3º e 301, § 4º, CPC)" (REsp n. 285.402-RS, 4ª T., Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 7.5.2001).

[...]

(REsp n. 638.481-PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 15.10.2007).

Ora, reconhecida a violação ao art. 535, II, do CPC, impõe-se a anulação do acórdão proferido no julgamento dos embargos de declaração, restando prejudicada a análise dos demais tópicos do apelo especial (REsp n. 1.185.288-RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 17.5.2010).

Ante o exposto, conheço em parte do recurso e, nessa extensão, a ele dou provimento, para, assentando a nulidade do acórdão recorrido por violação ao art. 535, II, do CPC, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a fim de que seja realizado novo julgamento dos embargos de declaração, com manifestação expressa a respeito da tempestividade da ação rescisória.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.268.210-PR (2011/0173203-2)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Recorrente: Banco GMAC S/A

Advogado: Fabio Vacelkovski Kondrat e outro(s)

Recorrido: Fazenda Nacional

Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

EMENTA

Administrativo. Recurso especial. Veículo objeto de contrato de *leasing*. Transporte irregular. Descaminho. Perdimento de bem. Possibilidade. Proporcionalidade da sanção. Habitualidade.

1. A pena de perdimento de veículo por transporte de mercadorias objeto de descaminho ou contrabando pode atingir os veículos sujeitos a contrato de arrendamento mercantil que possuam cláusula de aquisição ao seu término, pois ainda que, nessas hipóteses, o veículo seja de propriedade da instituição bancária arrendadora, é o arrendatário o possuidor direto do bem e, portanto, o responsável por sua guarda, conservação e utilização regular.

2. Como já preconizado por ocasião do julgamento do REsp n. 1.153.767-PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 26.8.2010, “admitir que veículo objeto de *leasing* não possa ser alvo da pena de perdimento seria verdadeiro salvo-conduto para a prática de ilícitos fiscais”, com veículos sujeitos a tal regime contratual.

3. “A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a reiteração da conduta ilícita dá ensejo à pena de perdimento, ainda que não haja proporcionalidade entre o valor das mercadorias apreendidas e o do veículo” (AgRg no REsp n. 1.302.615-GO, Rel. Ministro Teori Zavascki, Primeira Turma, DJe 30.3.2012).

4. Recurso especial não 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, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Ari Pargendler e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília (DF), 21 de fevereiro de 2013 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 11.3.2013

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto por Banco Gmac S/A, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional,

contra acórdão do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, assim ementado (fl. 211):

Tributário. Veículo utilizado como instrumento de ilícito. Descaminho. Aplicação da pena de perdimento. Contrato de alienação fiduciária. Possibilidade.

O contrato de alienação fiduciária não impede, por si só, a aplicação da pena de perdimento devida a veículo transportador de mercadoria descaminhada, haja vista a primazia do interesse público sobre o particular.

Precedentes desta Corte.

Os embargos de declaração foram rejeitados, conforme ementa de fl. 223.

No apelo especial, a parte recorrente alega, preliminarmente, violação do art. 535, I e II, do CPC, ao argumento de que a Corte local não se manifestou sobre pontos importantes para o deslinde da controvérsia. Mais especificamente, afirma que o acórdão recorrido deixou de definir qual o comportamento ilícito da instituição financeira proprietária do veículo.

Quanto ao juízo de reforma, aduz ofensa aos artigos 96 e 104, V, do Decreto-Lei n. 37/1996 e n. 603 do Regulamento Aduaneiro (Decreto n. 4.543/2003).

Para tanto, argumenta que é desproporcional a aplicação da pena de perdimento do veículo, em face do reduzido valor da mercadoria nele apreendida, o que caracteriza contrariedade ao Princípio da Razoabilidade e, portanto, a ilegalidade do ato impugnado. Acrescenta que o entendimento segundo o qual não se aplica pena de perdimento aos veículos apreendidos com mercadorias irregulares cujo valor seja irrelevante em face do valor do bem sujeito à sanção é pacificado nos Tribunais pátrios.

Assevera, ainda, que não houve participação do proprietário do veículo no ilícito, o que também afasta a pena de perdimento, mormente porque, ao contrário do que decidiu a Corte de origem, é imprescindível a demonstração, em procedimento regular, da colaboração do proprietário no ilícito, ou seja, sua má-fé, para que se legitime a aplicação da referida pena.

Por fim, aduz a ocorrência de dissídio jurisprudencial com relação a acórdãos proferidos por esta Corte e pelo Tribunal Regional Federal da Terceira Região, os quais consignaram a necessidade de demonstração da participação do proprietário do veículo objeto de alienação fiduciária no ilícito, para que sejam atingidos pela pena de perdimento.

Contrarrazões às fls. 276-284, nas quais a recorrida alega ser pacífico na jurisprudência o entendimento segundo o qual o direito do credor fiduciário de reaver o bem apreendido não prevalece sobre os atos administrativos. Acrescenta que a aplicação da pena, no caso concreto, está plenamente respaldada na legislação vigente, segundo a qual a pena de perdimento é mera decorrência da prática do delito de descaminho.

Aduz que as alegações da demandante de que não teria participado para a prática do ilícito são destituídas de provas e, por si só, insuficientes para o afastamento da sanção em questão.

Decisão positiva de admissibilidade às fls. 285-286.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Nos termos relatados, cinge-se a controvérsia à possibilidade ou não da aplicação da pena de perdimento a veículo objeto de contrato de arrendamento mercantil utilizado pelo devedor fiduciário possuidor para a realização de transporte de mercadorias objeto de descaminho (onze mil e duzentos maços de cigarros).

Da leitura do acórdão recorrido, verifica-se que foi mantida a aplicação da pena de perdimento do veículo em questão, aos seguintes fundamentos: (i) nos termos dos artigos 96 e 104 do Decreto-Lei n. 37/1966 e dos artigos 617, V c.c. 603 do Regulamento aduaneiro (Decreto n. 4.543/2002), a sanção de perdimento é aplicável nos casos em que o veículo esteja conduzindo mercadoria sujeita a tal pena e as mercadorias pertencem ao responsável pela infração, de sorte que, “ainda que as mercadorias não pertençam ao proprietário do veículo, houver responsabilidade deste último na prática da infração” (fl. 205); (ii) a alienação fiduciária, por si só, não afasta a pena de perdimento, tendo em vista que deve prevalecer o interesse público, sob pena de oferecer-se verdadeiro salvo-conduto para a prática de tais ilícitos fiscais; (iii) não se aplica, no caso, a proporcionalidade, tendo em vista que, muito embora haja diferença entre os valores dos bens apreendidos e do veículo, há outras peculiaridades que justificam a aplicação da pena, tais como: a grande quantidade de mercadorias; o tipo de mercadoria (nociva à saúde) e a habitualidade com que o veículo era utilizado na fronteira para a prática do ilícito de descaminho de tais produtos.

A recorrente (instituição financeira proprietária do veículo), por seu turno, alega a desproporcionalidade da pena de perdimento do veículo, em face do reduzido valor da mercadoria nele apreendida; bem como que, não tendo havido sua participação no ilícito que ensejou a sanção, afasta-se sua aplicação, mormente porque, ao contrário do que decidiu a Corte de origem, é imprescindível a demonstração, em procedimento regular, da colaboração do proprietário do veículo no ilícito, ou seja, sua má-fé, para que se legitime a aplicação da referida pena.

O acórdão recorrido não merece reforma.

De início, constatado que a Corte de origem empregou fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, é de se afastar a alegada violação do art. 535 do CPC.

Quanto ao juízo de reforma, nos termos já relatados, a recorrente (instituição financeira proprietária do veículo) afirma que, por se tratar de veículo objeto de *leasing*, e portanto, de sua propriedade (e não do condutor), deve ser afastada a pena de perdimento, porquanto não contribuiu para a prática do ilícito.

Com efeito, não se desconhece que esta Corte possui jurisprudência no sentido de que a pena de perdimento de veículo utilizado por terceiro para o transporte de mercadorias objeto de descaminho ou contrabando somente é possível se demonstrada a responsabilidade do seu proprietário, “pelas mais diversas formas de prova, que sua conduta (comissiva ou omissiva) concorreu para a prática delituosa ou, de alguma forma, lhe trouxe algum benefício (Decreto-Lei n. 37/1966, art. 95)” (REsp n. 1.342.505-PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 29.10.2012).

Entretanto, entendo que nos casos específicos de veículos sujeitos ao regime de arrendamento mercantil há peculiaridades que devem ser consideradas com o fim de mitigar tal orientação.

É cediço que a propriedade do veículo submetido ao arrendamento mercantil é da instituição bancária arrendadora, de sorte que, via de regra, o arrendatário tem a opção de adquirir o bem ao final do contrato.

Durante a vigência do contrato, com a tradição do bem, o arrendatário passa a ser o possuidor direto do bem e, portanto, responsável por sua guarda e conservação, ficando a empresa arrendatária exonerada da fiscalização por sua utilização irregular.

Tanto que há precedentes desta Corte que preconizam a orientação de que “a empresa arrendadora não detém legitimidade para figurar no pólo passivo de execução de despesa decorrente de uso indevido do bem pelo arrendatário, uma vez que o mesmo é o possuidor direto da coisa, o qual exonera a empresa arrendatária a fiscalização pela utilização irregular do bem” (AgRg no Ag n. 1.292.471-SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 11.6.2010).

Dessa forma, tem-se que a apreensão do automóvel, bem como a aplicação da pena de perdimento não causa prejuízos tão somente à instituição financeira, mas sim o próprio arrendatário, na medida em que a referida sanção não interfere no contrato firmado entre o este a arrendadora, mormente porque, segundo a regulamentação dos negócio jurídico entre eles firmado, o perecimento do bem não exonera o arrendatário da obrigação em face da arrendadora.

Ademais, a instituição financeira arrendante possui meios de reparar eventual prejuízo que venha a sofrer com o mau uso do bem pelo arrendatário, o qual está contratualmente vinculado à instituição financeira e deve cumprir as obrigações perante ela assumidas.

Por outro lado, como já preconizado por precedente da Segunda Turma, de relatoria da Sr. Ministra Eliana Calmon, cuja ementa se transcreve a seguir, o reconhecimento da impossibilidade de aplicação da pena de perdimento a veículos objeto de alienação fiduciária utilizados para prática de contrabando ou descaminho pode acabar por estimular que os referidos delitos sejam realizados por veículos objeto de *leasing*, pois ao arrendatário nunca seria aplicada a pena em questão.

Nessa linha, entendo relevante ressaltar a argumentação do acórdão recorrido no sentido de que “Admitindo-se que o veículo arrendado não pudesse ser alvo de apreensão fiscal e conseqüente aplicação de pena de perdimento, estar-se-ia oferecendo verdadeiro salvo-conduto para a prática desses ilícitos fiscais” (fl. 207).

Por oportuno, transcrevo, ainda, a ementa do precedente da Segunda Turma acima referido:

Administrativo. Pena de perdimento de veículo. Transporte irregular de mercadorias. Possibilidade. Veículo adquirido em contrato de *leasing*.

1. Não se aplica a Súmula n. 7-STJ, quando a matéria a ser decidida é exclusivamente de direito.

2. A pena de perdimento de veículo por transporte irregular de mercadoria pode atingir os veículos adquiridos em contrato de *leasing*, quando há cláusula de aquisição ao final do contrato.

3. A pena de perdimento não altera a obrigação do arrendatário do veículo, que continua vinculado ao contrato.

4. Admitir que veículo objeto de *leasing* não possa ser alvo da pena de perdimento seria verdadeiro salvo-conduto para a prática de ilícitos fiscais.

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido (REsp n. 1.153.767-PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 26.8.2010).

Dessa forma, diante das peculiaridades, tais como: (i) a existência de cláusula de aquisição ao fim do contrato; (ii) o exercício da posse direta pelo arrendatário e sua responsabilidade pelo uso do veículo; (iii) a não alteração da obrigação do arrendatário em face do arrendadora mesmo com a pena de perdimento e; (iv) a necessidade de preservação do interesse público, entendo pela possibilidade de aplicação da sanção nas hipóteses como a dos autos.

Superada a discussão a respeito da possibilidade de aplicação da pena de perdimento aos veículos sujeitos a contrato de arrendamento mercantil, há de se analisar a alegação de desproporcionalidade da sanção.

Com efeito, a alegada diferença entre os valores das mercadorias transportadas e do bem sujeito ao perdimento (carro) não é suficiente para afastar a pena, tendo em vista que foi expressamente registrada pela Corte *a quo* a habitualidade da conduta praticada com auxílio do veículo, bem como a nocividade das mercadorias transportadas, elementos que permitem a aplicação da sanção, ainda que o valor dos bens apreendidos seja menor que o do veículo.

É o que se depreende do seguinte excerto (fl. 209):

[...]

Neste caso, os registros do Sinivem apontam passagens anteriores do mesmo veículo pela fronteira com o Paraguai, em um curto período de tempo, indicando a habitualidade da utilização do bem como instrumento do delito (fl. 104). Também não foi esclarecido como o veículo arrendado a pessoa residente em Jacaréi-SP (fl. 37) era conduzido, quando da apreensão, por motorista residente na região fronteira de Santa Terezinha de Itaipu-PR (fl. 105). A própria autora informa, como visto, que o arrendatário, tão logo tomou posse do bem financiado, passou a utilizar o veículo para adentrar mercadoria ilegal em território nacional - reforçando tratar-se de conduta recorrente.

[...]

Além disso, as mercadorias descaminhadas se consubstanciam em cigarros, sendo de notório conhecimento os malefícios à saúde causados por referido produto - cuja internação irregular, como no caso dos autos, representa não só prejuízo ao erário, mas, principalmente, à saúde pública.

Portanto, a internalização indevida de onze mil e duzentos maços de cigarros de origem e procedência estrangeira, sobre os quais o Estado não exerceu qualquer controle sanitário, para o fim de comercialização e consumo por cidadãos brasileiros, é delito grave que justifica a aplicação do perdimento a veículo utilizado como instrumento para sua concretização.

Esta Corte, em situações análogas, nas quais foi demonstrada a reiteração da conduta de descaminho de mercadorias, considerou proporcional a aplicação da pena de perdimento, ainda que os produtos transportados irregularmente tenham valor menor que o do veículo utilizado para o transporte. Confrim-se:

Administrativo. Recurso especial. Apreensão de veículo. Transporte de mercadorias. Conduta ilícita. Reiteração. Pena de perdimento. Cabimento. Precedentes. Inovação de tese jurídica. Descabimento. Preclusão.

1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a reiteração da conduta ilícita dá ensejo à pena de perdimento, ainda que não haja proporcionalidade entre o valor das mercadorias apreendidas e o do veículo.

2. É incabível a inovação de tese jurídica em sede de agravo regimental, ante a ocorrência da preclusão consumativa.

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp n. 1.302.615-GO, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 30.3.2012 - grifos apostos).

Tributário. Pena de perdimento. Veículo transportador (automóvel). Requisitos. Reiteração da prática. Revisão de provas. Súmula n. 7-STJ.

1. Trata-se de Agravo Regimental contra decisão que não conheceu do Recurso Especial por entender que, *in casu*, a aplicação da pena de perdimento de veículo se deu não somente com base nos valores dos bens envolvidos, mas também com amparo em outros dados fáticos.

2. Por ocasião do exame da pena de perdimento do veículo, deve-se observar a proporção entre o seu valor e o da mercadoria apreendida. Porém, outros elementos podem compor o juízo valorativo sobre a sanção, como por exemplo a gravidade do caso, a reiteração da conduta ilícita ou a boa-fé da parte envolvida.

3. O Tribunal de origem consignou que é "habitual o uso do veículo na prática de contrabando ou descaminho" e que "as provas são amplamente desfavoráveis ao recorrente, pois apontam no sentido da reiteração da prática de infrações

fiscais, como se pode ver das informações contidas no Auto de Apreensão". Consta do acórdão que o agravante é reincidente no crime de descaminho e que em outro processo de apreensão de mercadorias teria se valido do mesmo veículo (S10, placa MFI-3364) para transporte de "caixas de CDs e DVDs piratas, além de outros produtos de origem estrangeira", e também da venda, como ficou comprovado, de relógios e camisetas falsificados. Assinalou ainda que, "demonstrando total desrespeito a competente fiscalização exercida pelos órgãos do Estado, quer seja na esfera estadual, quer seja na esfera federal, mesmo após a primeira prisão em Tubarão, Divino Masiero não cessou na prática criminosa reprimida, continuando a vender produtos 'pirateados' e/ou 'contrabandeados', fato constatado quando de sua última prisão em Araranguá, ocasião em que ocupava o mesmo veículo acima citado, para distribuir tais 'mercadorias'. Encaminhamos o presente relatório e fotos do veículo, bem como, dos produtos que estavam sendo transportados na camionete Gm/S-10 de placas MFI-3364, para as providências que julgar necessários". Não bastasse tal comprovação, existe referência ao transporte de outras mercadorias descaminhadas por outro veículo.

4. A revisão desses elementos depende do reexame de provas, vedado em Recurso Especial em razão da incidência da Súmula n. 7-STJ.

5. Agravo Regimental não provido (AgRg nos EDcl no Ag n. 1.399.991-SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24.4.2012 - grifos apostos).

Ante o exposto, *nego provimento* ao recurso especial.

É como voto.

