



Súmula n. 552

SÚMULA N. 552

O portador de surdez unilateral não se qualifica como pessoa com deficiência para o fim de disputar as vagas reservadas em concursos públicos.

Referências:

CF/1988, art. 37, VIII.

Lei n. 7.853/1989.

Decreto n. 3.298/1999, arts. 3º, I, e 4º, II.

Decreto n. 5.296/2004, art. 70.

Precedentes:

MS	18.966-DF	(CE, 02.10.2013 – DJe 20.03.2014) – acórdão publicado na íntegra
REsp	1.307.814-AL	(1ª S, 11.02.2014 – DJe 31.03.2014)
RMS	36.081-PE	(1ª S, 28.05.2014 – DJe 23.09.2014)
AgRg no REsp	1.374.669-RJ	(1ª T, 08.05.2014 – DJe 19.05.2014)
AgRg no REsp	1.379.284-SE	(1ª T, 18.11.2014 – DJe 26.11.2014)
AgRg no AgRg no REsp	1.390.124-RS	(2ª T, 25.03.2014 – DJe 31.03.2014)
AgRg no AgRg no AREsp	364.588-PE	(2ª T, 03.04.2014 – DJe 14.04.2014)
AgRg no AREsp	510.378-PE	(2ª T, 05.08.2014 – DJe 13.08.2014)
AgRg no RMS	43.230-SP	(2ª T, 23.10.2014 – DJe 27.11.2014)

Corte Especial, em 4.11.2015

DJe 9.11.2015

MANDADO DE SEGURANÇA N. 18.966-DF (2012/0162583-4)

Relator: Ministro Castro Meira

Relator para o acórdão: Ministro Humberto Martins

Impetrante: Marcella Maria Cintra Leal de Souza

Advogada: Marcella Maria Cintra Leal de Souza (em causa própria)

Impetrado: Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça

Impetrado: Diretor Geral do Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília - CESPE - UNB

Interes.: União

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. CONCEITO DE DEFICIENTE AUDITIVO. DECRETO 3.298/99 ALTERADO PELO DECRETO 5.296/2004. APLICAÇÃO AO EDITAL COM AMPARO NORMATIVO. JURIDICIDADE. PRECEDENTE DO STF. DIVERGÊNCIA FÁTICA QUE DEMANDARIA DILAÇÃO PROBATÓRIA. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Cuida-se de *writ of mandamus* impetrado contra o Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça e o Diretor Geral do Centro de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (CESPE - UnB), no qual candidata em concurso público, portadora de surdez unilateral, alega que deveria ser enquadrada na qualidade de deficiente físico, por interpretação sistemática dos arts. 3º e 4º do Decreto n. 3.298/99 em cotejo com a Constituição Federal e convenções internacionais.

2. O Decreto n. 5.296/2004 alterou a redação do art. 4º, II, do Decreto n. 3.298/99 e excluiu da qualificação “deficiência auditiva” os portadores de surdez unilateral; a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal frisou a validade da referida alteração normativa. Precedente: AgRg no MS 29.910, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Processo Eletrônico, divulgado no DJe 146 em 29.7.2011 e publicado em 1º.8.2011.

3. A junta médica tão somente emitiu laudo técnico em sintonia com as previsões do Edital 1 – STJ, de 8.2.2012, cujo teor meramente remete ao Decreto n. 3.298/99 e suas alterações, que foi o parâmetro do ato reputado coator, em verdade praticado sob o pálio da juridicidade estrita.

4. Para apreciar qualquer argumento no sentido de que haveria alguma incapacidade diversa da impetrante em prol de a alocar na qualidade de deficiente auditiva seria imperioso realizar contraditório e dilação probatória, providências vedadas em sede de rito mandamental. Precedente específico: AgRg na AO 1.622/BA, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 21.6.2011, publicado no DJe – 125 em 1º.7.2011 e no Ement. vol. 2555-01, p. 1. No mesmo sentido: AgRg no RMS 33.928/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 27.10.2011.

Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro João Otávio de Noronha acompanhando a divergência e o voto do Sr. Ministro Raul Araújo, no mesmo sentido, a Corte Especial, por maioria, denegou a ordem. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Humberto Martins.

Votaram com o Sr. Ministro Humberto Martins os Srs. Ministros Herman Benjamin, Sidnei Beneti, Mauro Campbell Marques, João Otávio de Noronha e Raul Araújo. Vencidos os Srs. Ministros Relator, Arnaldo Esteves Lima, Luis Felipe Salomão e Laurita Vaz.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Gilson Dipp, Nancy Andrighi, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Sebastião Reis Júnior.

Impedidos os Srs. Ministros Ari Pargendler e Felix Fischer.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura, Sidnei Beneti, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves.

Convocados os Srs. Ministros Raul Araújo e Sebastião Reis Júnior.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Eliana Calmon.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2013 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Presidente

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 20.3.2014

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: O mandado de segurança foi impetrado por Marcella Maria Cintra Leal de Souza, em favor próprio, contra ato do Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça e do Diretor-Geral do Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília-Cespe/UnB por ter-lhe sido negada a qualificação como deficiente física no concurso público, deste ano, para provimento de vagas e formação de cadastro de reserva no cargo de analista judiciário do quadro de pessoal desta Corte.

Afirma ser deficiente física descrita por “perda auditiva neurosensorial de grau profundo no ouvido esquerdo - anacusia”, ou seja, surdez unilateral (CID H90.5), de etiologia indeterminada, comprovada por três laudos médicos particulares.

Alega que se candidatou no último concurso público para a vaga de analista judiciário do Superior Tribunal de Justiça e foi classificada em todas as etapas do certame, mas o laudo da Junta Médica responsável pela realização da perícia, malgrado tenha reconhecido a anacusia no ouvido esquerdo, concluiu que ela não era deficiente física, nos termos do art. 4º, II, do Decreto 3.298/99. O recurso interposto contra a perícia médica foi indeferido, sob o fundamento de que o decreto que rege o concurso restringe o conceito de deficiência à perda auditiva bilateral.

Sustenta a possibilidade de portadores de surdez unilateral e irreversível concorrerem às vagas reservadas a deficientes físicos em concurso públicos, nos termos da definição de deficiência extraída do art. 3º, I e II, do mesmo Decreto 3.298/99.

Argumenta que “o objetivo da Lei é permitir que pessoas com deficiência sua participação em igualdade de condições com aquele que não possui qualquer limitação, sendo certo que o fato de o indivíduo ser pessoa com surdez unilateral não o torna pleno e total gozo de seus sentidos, sendo forçosa a prestação jurisdicional positiva” (e-STJ fl. 6 - *sic*).

Cita acórdãos das Cortes Regionais e deste Tribunal e faz menção a julgado do Superior Tribunal Militar no qual foi determinada a sua nomeação e posse em concurso público lá realizado, nas vagas reservadas aos deficientes físicos.

Pleiteia, ao final, seja concedida a segurança para declarará-la como candidata apta a concorrer às vagas destinadas aos portadores de deficiência, bem como seja nomeada e empossada no cargo respectivo, observado o número de vagas e a ordem de aprovação.

O pedido de gratuidade da justiça foi deferido (e-STJ fl. 118).

Liminar indeferida (e-STJ fl. 123).

A União requereu seu ingresso no feito, nos termos do art. 7º, inciso II, da Lei 12.016/09, pleito deferido à e-STJ fl. 230.

As autoridades apontadas como coatoras apresentaram as informações (e-STJ fls. 142-189 e 191-210), oportunidade em que o Diretor-Geral do Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília sustentou a impossibilidade jurídica do pedido, por ser vedado o ingresso no mérito do ato administrativo, e a necessidade de citação dos litisconsortes passivos necessários para que esses candidatos defendam seus interesses. No mérito, defendeu a legalidade do ato, asseverando que a impetrante não foi considerada portadora de deficiência, porque possui apenas perda auditiva unilateral, não se enquadrando no Decreto 3.298/99, alterado pelo Decreto 5.296/04, que regem o edital. Discorre sobre a possível ofensa ao princípio da isonomia em caso de provimento jurisdicional.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Dra. Maria Caetana Cintra Santos, opinou pela concessão da segurança (e-STJ fls. 225-228).

É o relatório.

VOTO

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. INCURSÃO NO MÉRITO ADMINISTRATIVO. NÃO OCORRÊNCIA. FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO. DESNECESSIDADE. VAGAS DESTINADAS AOS DEFICIENTES FÍSICOS. CANDIDATA PORTADORA

DE GRAVE PERDA AUDITIVA UNILATERAL. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 3º E 4º DO DECRETO N. 3.298/99. DECRETO 6.949/09. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PARECER PELA CONCESSÃO DA ORDEM. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. Em se tratando de concurso público, cabe ao Poder Judiciário o exame da legalidade das normas instituídas no edital e dos atos praticados na realização do certame. Outrossim, não há a formação de litisconsórcio passivo necessário, visto que os candidatos detêm apenas expectativa de direito à nomeação. Preliminares rejeitadas.

2. A jurisprudência majoritária desta Corte Superior de Justiça assegura a reserva de vagas destinadas aos portadores de deficiência a candidatos acometidos de perda auditiva, bilateral ou unilateral, tendo em vista que o art. 4º, II, do Decreto 3.298/99, que define as hipóteses de deficiência auditiva, deve ser interpretado em consonância com o art. 3º do mesmo diploma legal.

3. Afigura-se irrazoável entender que uma grave perda auditiva unilateral não qualifique seu portador como deficiente, sendo a deficiência definida como toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano (art. 3º, I), somado ao fato de que a própria norma refere-se à perda auditiva parcial (art. 4º, II).

4. O Governo brasileiro ratificou e, por meio do Decreto 6.949/09, promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, aprovada pelo Congresso Nacional com a autoridade de emenda constitucional (art. 5º, § 3º, da CF/88), cujo propósito e definição de pessoa com deficiência estão estabelecidos no Artigo 1 da Convenção: “O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação

plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”.

5. Parecer do Ministério Público Federal pela concessão da ordem.

6. Segurança concedida.

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): Inicialmente, reconheço a competência da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça para conhecer e julgar o presente *writ*, por desafiar ato da Presidência deste Tribunal, autoridade responsável pela publicação do edital do concurso público respectivo e que defendeu a legalidade da exclusão havida.

Determina a Constituição Federal:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

.....
b) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica *ou do próprio Tribunal*;

Passo seguinte, de impossibilidade jurídica do pedido não há que se falar, porquanto, em se tratando de concurso público, cabe ao Poder Judiciário o exame da legalidade das normas instituídas no edital e dos atos praticados na realização do certame, sendo vedada tão só a incursão no mérito administrativo, a exemplo dos critérios de formulação de questões, de correção de provas, e atribuição de notas aos candidatos, salvo nos casos flagrantes de violação à razoabilidade.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO. VALORAÇÃO DA PROVA DE TÍTULOS. DIMINUIÇÃO DA NOTA PELA COMISSÃO ORGANIZADORA. CRITÉRIO DE CORREÇÃO. MÉRITO ADMINISTRATIVO. *REFORMATIO IN PEJUS*. AUSÊNCIA. AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO. ADI N. 3.522-3, STF. LEI 11.183/98. EXCLUSÃO TOTAL DOS PONTOS CORRESPONDENTES À ATUAÇÃO, COMO PREPOSTO, EM SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS. ATRIBUIÇÃO DE PONTOS AOS QUE EXERCERAM ADVOCACIA, MAGISTRATURA E PROMOTORIA. FINALIDADE DOS TÍTULOS. VIOLAÇÃO.

1. No *mandamus*, o impetrante insurge-se contra decisão da Comissão Permanente dos Concursos de Ingresso e Remoção para os Serviços Notariais e de Registro, que procedeu à reavaliação dos títulos apresentados pelo impetrante na 3ª fase do certame, reduzindo a pontuação obtida anteriormente.

2. Os critérios de correção de provas, atribuição de notas e avaliação de títulos adotados pela Comissão de Concursos, em regra, não podem ser revistos pelo Judiciário, cuja competência se restringe ao exame da legalidade, ou seja, à observância dos elementos objetivos contemplados no edital e na lei que regem o certame. A justiça ou injustiça da decisão da Comissão Permanente de Concursos é matéria de mérito do ato administrativo, sujeita à discricionariedade técnica da autoridade administrativa. Precedentes.

3. Neste caso, os critérios adotados pela comissão examinadora para interpretar o que está consignado nos itens 5 (magistério em disciplina jurídica vinculada ao exercício da fundação notarial) e 6 (publicação de livros e artigos em revista jurídica sobre temas diretamente relacionados com a função) da tabela de títulos do Edital n. 02/2004, aplicados objetivamente a todos os candidatos do concurso público, em obediência à razoabilidade e à proporcionalidade, não são passíveis de reapreciação judicial.

4. Não houve violação da norma contemplada no art. 31 do regulamento do concurso, Ato n. 002/99, do Conselho da Magistratura e, conseqüentemente, ao princípio da *reformatio in pejus*, pois o novo enquadramento dos pontos não fora realizado na fase recursal. Com a retificação do procedimento utilizado anteriormente, passou-se a apreciar, originariamente, todos os títulos apresentados, atribuindo-se, segundo critérios objetivamente definidos, a correspondente pontuação aos mesmos. Assim, a diminuição dos pontos inicialmente conferidos ao impetrante decorreu do regular exercício da autotutela pela Administração Pública. Incidência da Súmula 473/STF. (RMS 22141/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 18.09.2008).

5. Outrossim, no que concerne à exclusão total dos pontos concedidos pela atuação como preposto em serventia notarial, para que se observe a finalidade da prova de títulos e o edital do certame – sem se afastar do que foi consignado pelo STF no julgamento da ADI 3.522-3 –, deve-se atribuir ao impetrante a pontuação por haver comprovado o exercício da aludida atividade, nos termos regrados no item 2 da tabela de títulos, limitando-a, contudo, ao valor máximo conferido ao exercício da advocacia, da magistratura e da promotoria.

6. Com efeito, a exclusão total dos pontos daqueles que possuem experiência na atividade notarial, ao mesmo tempo em que é atribuído valor à atuação do candidato em funções totalmente distintas (promotor, procurador, juiz, por exemplo), contraria inequivocamente a finalidade da exigência de títulos, qual seja: demonstrar que o candidato reúne atributos e conhecimentos técnicos que o coloca, ainda que em tese, numa posição de maior capacidade para o exercício

das atividades em relação a seus concorrentes. Apreciando situação similar, *a contrario sensu*, confirmam-se os precedentes desta Corte e do STF: RMS 24.509/RS, Rel. Min. Castro Meira e Rcl 4.426/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU 08.06.09).

7. Recurso ordinário em mandado de segurança provido em parte (RMS 23.878/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 08/03/2010).

Ademais, é dispensável a citação dos outros candidatos aprovados no concurso público, a título de litisconsórcio passivo necessário, visto que eles detêm apenas expectativa de direito à nomeação, a teor dos seguintes precedentes:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. INEXISTÊNCIA. ARTS. 3º E 41 DA LEI 8.666/93. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 182/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. “É Dispensável a formação do litisconsórcio passivo necessário entre os candidatos aprovados em concurso público, uma vez que possuem apenas expectativa de direito a nomeação” (AgRg no AREsp 20.530/PI, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJe 13/10/11).

.....
4. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 89.428/BA, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/05/2012, DJe 23/05/2012);

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. PETROBRÁS. EXCLUSÃO DE CANDIDATO DO CERTAME. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. ATO DE AUTORIDADE. FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. DESNECESSIDADE. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DESTA CORTE SUPERIOR NESSES SENTIDOS. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ CARACTERIZADA.

1. Esta Corte Superior possui jurisprudência no sentido de que atos praticados por sociedade de economia mista no âmbito de concurso público de seleção de pessoal são atos de autoridade para fins de impetração de mandado de segurança. Precedentes.

2. Também pacificou-se no Superior Tribunal de Justiça a orientação pela desnecessidade de citação dos candidatos aprovados e dos demais inscritos no concurso público, a título de litisconsórcio necessário, em demanda cuja pretensão se limita a discutir ato de exclusão de certo candidato do certame, por gozarem tais candidatos de mera expectativa de direito. Precedentes.

.....
6. Recurso especial não provido, com aplicação de multa por litigância de má-fé na razão de 1% sobre o valor atualizado da causa (REsp 1.298.074/SP,

Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 17/04/2012).

Rejeitadas as preliminares, passo ao exame do mérito.

É incontroverso que a impetrante sofre de perda auditiva unilateral, como faz prova os laudos particulares trazidos aos autos, *verbis*:

Declaro para os devidos fins que a paciente acima não apresenta alterações ao exame otorrinolaringológico. Apresenta à audiometria tonal perda auditiva neurossensorial de grau profundo (anacusia) no ouvido esquerdo, de etiologia indeterminada (congenita?). Ausência de emissões otoacústicas nas frequências de 2, 3, 4, 6 e 8 KHz à E, presentes em todas as frequências à D. CID: H90.5 (e-STJ fl. 18);

Examinei nesta data a Srta. Marcella Maria Cintra Leal de Souza, RG n. 2.161.860 SSPDF. É portadora de surdez profunda no ouvido esquerdo, de natureza neurosensorial - CID H 90.4. Não é possível identificar a causa (e-STJ fl. 20);

A Srta. Marcella Maria Cintra Leal de Souza, RG 2161860 SSP-DF foi submetida a exame otorrinolaringológico sob meus cuidados profissionais nesta data de hoje, de onde foi possível concluir que o caso se trata de deficiência auditiva unilateral à esquerda de grau profundo e irreversível de causa desconhecida, conforme audiograma anexo; portanto já que a orelha contra-lateral não apresentar qualquer alteração, configura-se portanto um caso de ouvido único normal à direita. CID: H90.5 (e-STJ fl. 23).

A própria Junta Médica examinadora reconheceu a perda auditiva, pelo que se depreende da negativa ao recurso da candidata:

De acordo com o Decreto n. 3.298/99, atualizado pelo Decreto n. 5.296/2004, que rege o Edital n. 01 do STJ, de 08/02/2012, sobre deficiência auditiva: “perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz e 3.000Hz”. *Portanto, se a candidata apresenta perda auditiva unilateral não pode ser clinicamente enquadrada como pessoa com deficiência nos termos do Edital.*

Isso estabelecido, a redação original do Decreto n. 3.298/99, que regulamenta a lei sobre Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (Lei 7.853/89), assim dispunha:

Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II - deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I - deficiência física – alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

II - deficiência auditiva – perda parcial ou total das possibilidades auditivas sonoras, variando de graus e níveis na forma seguinte:

a) de 25 a 40 decibéis (db) – surdez leve;

b) de 41 a 55 db – surdez moderada;

c) de 56 a 70 db – surdez acentuada;

d) de 71 a 90 db – surdez severa;

e) acima de 91 db – surdez profunda; e

f) anacusia;

III - deficiência visual – acuidade visual igual ou menor que 20/200 no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20º (tabela de Snellen), ou ocorrência simultânea de ambas as situações;

.....

Com a alteração dada pelo Decreto 5.296/04, o art. 4º passou a vigorar com os seguintes esclarecimentos:

I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas freqüências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz;

III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60o; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

.....

Em face da alteração que se imprimiu no inciso II do art. 4º do Decreto 3.298/99, a impetrante não foi considerada portadora de deficiência, ficando privada do direito de concorrer às vagas destinadas a esses candidatos.

Ocorre que a jurisprudência das Turmas da Primeira e da Terceira Seção assegura a reserva de vagas destinadas aos portadores de deficiência a candidatos acometidos de perda auditiva, bilateral ou unilateral, tendo em vista que o art. 4º, II, do Decreto 3.298/99, que define as hipóteses de deficiência auditiva, deve ser interpretado em consonância com o art. 3º do mesmo diploma legal.

Nesse sentido, vale conferir:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO. DECRETO N. 3.298/1999. REDAÇÃO DO DECRETO N. 5.296/2004. DEFICIENTE AUDITIVO UNILATERAL. POSSE. POSSIBILIDADE. OFENSA À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INEXISTÊNCIA. APRECIÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO (AgRg no RMS 35.111/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 15/08/2012);

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECRETO N. 3.298/99. REDAÇÃO DO DECRETO N. 5.296/04. DEFICIÊNCIA AUDITIVA UNILATERAL. RESERVA DE VAGA AOS PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS CONCEDIDA. POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A reserva de vagas aos portadores de necessidades especiais, em concursos públicos, é prescrita pelo art. 37, VIII, da CF/88, regulamentado pela Lei n. 7.853/89 e, esta, pelos Decretos 3.298/99 e 5.296/04.

2. Os exames periciais demonstraram que o recorrente possui total ausência de resposta auditiva no ouvido esquerdo, com audição normal no outro.

3. Com efeito, a surdez unilateral não obsta o reconhecimento do caráter de portador de necessidades especiais, uma vez que o art. 4º, II, do Decreto 3.298/99, que define as hipóteses de deficiência auditiva, deve ser interpretado em consonância com o art. 3º do mesmo diploma legal, de modo a não excluir os portadores de surdez unilateral da disputa às vagas destinadas aos portadores de deficiência física. Precedentes.

4. Recurso não provido (AgRg no AREsp 22.688/PE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 02/05/2012);

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 3.298/1999, com redação dada pelo Decreto 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 34.436/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/05/2012, DJe 22/05/2012);

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO. POSSE DE DEFICIENTE AUDITIVO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. SUPOSTA OFENSA AO DECRETO N. 3.298/99, À LEI N. 7.893/89 E AO ART. 5º DA LEI N. 8.112/90. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Nos termos dos arts. 3º, inciso I, e 4º do Decreto n. 3.298/99, que regulamentou a Lei n. 7.893/89, e do art. 5º da Lei n. 8.112/90, é assegurada, no certame público, a reserva de vagas destinadas aos portadores de deficiência auditiva unilateral. Precedentes.

2. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1.150.154/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 28/06/2011);

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA AUDITIVA - RESERVA DE VAGA NEGADA PELA ADMINISTRAÇÃO DEVIDO À COMPROVAÇÃO DE DEFICIÊNCIA AUDITIVA UNILATERAL - MATÉRIA DE

DIREITO - POSSIBILIDADE DE IMPETRAÇÃO DO WRIT - APLICAÇÃO ERRÔNEA DA RESOLUÇÃO N. 17/2003 DO CONADE - LEI N. 7.853/89 - DECRETOS N. 3.298/99 e 5.296/2004 - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - RECURSO PROVIDO.

1. A matéria de que trata os autos, qual seja, saber se a surdez unilateral vem a caracterizar deficiência física ou não, é matéria de direito, que não exige dilação probatória, podendo, por conseguinte, ser objeto de mandado de segurança.

2. A reserva de vagas aos portadores de necessidades especiais, em concursos públicos, é prescrita pelo art. 37, VIII, CR/88, regulamentado pela Lei n. 7.853/89 e, esta, pelos Decretos n. 3.298/99 e 5.296/2004.

3. Os exames periciais realizados pela Administração demonstraram que o Recorrente possui, no ouvido esquerdo, deficiência auditiva superior à média fixada pelo art. 4º, I, do Decreto n. 3.298/99, com a redação dada pelo Decreto n. 5.296/2004. Desnecessidade de a deficiência auditiva ser bilateral, podendo ser, segundo as disposições normativas, apenas, parcial.

4. Inaplicabilidade da Resolução n. 17/2003 do CONADE, por ser norma de natureza infra-legal e de hierarquia inferior à Lei n. 7.853/89, bem como aos Decretos n. 3.298/99 e 5.296/2004.

5. Recurso ordinário provido (RMS 20.865/ES, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 03/08/2006, DJ 30/10/2006, p. 418).

Nessa esteira ainda as recentes decisões monocráticas: RMS 24.445/RS, Rel. Min. Og Fernandes, DJ 29.6.12; AREsp 182.895/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 19.6.12; RMS 36.081/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 19.3.12; RMS 34.436/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 6.3.12; AREsp 23.614/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ 15.12.11.

Lembro, ainda, que tal orientação vem sendo sufragada pelo colendo Tribunal Superior do Trabalho, como se pode verificar no teor da seguinte ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA INSCRITA COMO PORTADORA DE NECESSIDADES ESPECIAIS. ENQUADRAMENTO COMO PNE NEGADO PELA COMISSÃO CENTRAL DO CONCURSO. DEFICIÊNCIA AUDITIVA UNILATERAL. ARTIGOS 3º E 4º DO DECRETO 3.298/1999. A interpretação dos arts. 3º e 4º do Decreto 3.298/1999 (com a redação dada pelo Decreto 5.296/2004) em harmonia com os dispositivos da Constituição da República, mormente com os seus arts. 1º, incs. II e III, e 3º, inc. IV, os quais evidenciam que, mediante as denominadas ações afirmativas, sejam efetivadas as políticas públicas de apoio, promoção e integração dos portadores de necessidades especiais, leva à conclusão de que a deficiência auditiva unilateral é suficiente para assegurar o direito do candidato concorrer a uma das vagas destinadas aos portadores de necessidades especiais

a que aludem os arts. 37, inc. VIII, da Constituição da República e 5º, § 2º, da Lei 8.112/1990, não se exigindo que a deficiência auditiva seja bilateral. *INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS CORRESPONDENTE AO MONTANTE DOS VENCIMENTOS RELATIVOS AO PERÍODO DA DATA DE EVENTUAL POSSE DE OUTRO CANDIDATO NA VAGA RESERVADA AOS PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS ATÉ A DATA DA POSSE DA IMPETRANTE.* “Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação ao período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria” (Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal). Outrossim, o deferimento do pedido resultaria em sentença condicional, o que é vedado pelo parágrafo único do art. 460 do CPC.

Recurso Ordinário a que se dá parcial provimento. (RR 11800-35.2011.5.21.000, Rel. Ministro João Batista Brito Pereira, DJe de 15.10.12)

Outra não foi a cota exarada pela Subprocuradora-Geral da República Dra. Maria Caetana Cintra Santos, assim sumariada:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA PORTADORA DE GRAVE PERDA AUDITIVA UNILATERAL. DIREITO DE CONCORRER ÀS VAGAS DESTINADAS AOS DEFICIENTES FÍSICOS. INTERPRETAÇÃO CONCOMITANTE DOS ARTIGOS 3º E 4º, II, DO DECRETO N. 3.298/99. PRECEDENTES.

Parecer pela concessão da segurança.

Não desconheço que esta Corte Superior de Justiça também registra entendimento em sentido contrário, considerando que a perda auditiva unilateral, por si só, não é condição apta a qualificar o candidato a concorrer às vagas destinadas aos portadores de deficiência (REsp 1.307.814/AL, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 23.4.12, com referência a julgado do Pretório Excelso: MS 29.910-AgR, do qual relator o Ministro Gilmar Mendes).

No entanto, na linha da jurisprudência majoritária e nos termos do parecer ministerial, não me afigura razoável entender que o indivíduo portador de grave perda auditiva unilateral não seja qualificado como portador de deficiência, definida esta como toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano (art. 3º, I), somado ao fato de que a própria norma refere-se à perda auditiva parcial (art. 4º, II).

Aliás, a Exposição de Motivos do Decreto 5.296/2004, que veio regulamentar as Leis 10.048/00 – que concede prioridade de atendimento às pessoas que especifica – e 10.098/00 – que estabelece normas gerais e

critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências – não justifica a modificação estampada. Ao revés, é nítido o intuito do normativo, como não poderia deixar de ser, de ampliação e resguardo dos direitos desse grupo específico de pessoas, permitindo-lhes beneficiar de bens e serviços disponíveis aos que não apresentam deficiência qualquer. Para melhor ilustração, extraio os fragmentos abaixo:

5. A proposta de Decreto de regulamentação trazida à consideração de Vossa Excelência procurou, exaustivamente, atender à demanda e aos direitos das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, as quais, em 2000, segundo o IBGE, representavam vinte e quatro e meio milhões de cidadãos e cidadãs, acrescidos das gestantes e das pessoas com crianças de colo e também as pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos.

6. Portanto, este decreto regulamenta a legislação federal que garante autonomia, segurança e qualidade de vida para quase quarenta milhões de brasileiros. De fato, a eliminação das barreiras para a inclusão social irá beneficiar um número cada vez mais crescente na população, em razão do novo perfil demográfico e das projeções de incremento dos grupos de pessoas idosas, com grande possibilidade de apresentarem mobilidade reduzida ou limitação de atividades em decorrência de perdas sensoriais e motoras.

7. A regulamentação das leis federais de acessibilidade representa o passo decisivo para a cidadania das crianças, jovens e adultos com deficiência. Havendo transporte acessível, ambiente livre de barreiras, tecnologia empregada para incluir as pessoas com deficiência auditiva, visual e mental e o aperfeiçoamento e a oferta de ajuda técnicas, será realmente possível fazer com que a escola, a saúde, o trabalho, o lazer, o turismo e o acesso à cultura sejam elementos presentes na vida das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

.....

10. Se as pesquisas especializadas internacionais já classificam o Brasil entre os cinco países mais inclusivos das Américas em razão de nosso arcabouço legal, este Decreto, convém frisar, corresponde à oportunidade de concretizarmos a inclusão de um segmento ainda marginalizado, sem possibilidade de beneficiar-se dos bens e serviços disponíveis para aqueles que não apresentam deficiência. Acesso para as pessoas portadoras de deficiência física, mental, sensorial ou para quem tem mobilidade reduzida significa a garantia de seus direitos e o exercício da cidadania.

Por essas e outras significativas razões, o Governo brasileiro ratificou e, por meio do Decreto 6.949/09, promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados

em Nova York, em 30 de março de 2007, aprovada pelo Congresso Nacional com a autoridade de emenda constitucional (art. 5º, § 3º, da CF/88), cujo propósito e definição de pessoa com deficiência estão estabelecidos no Artigo 1 da Convenção, *verbis*:

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Ante o exposto, concedo a segurança, de forma a autorizar que a impetrante concorra nas vagas destinadas aos deficientes físicos no concurso pleiteado, devendo ser observada, para a nomeação e posse, a ordem de classificação.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima: Sra. Presidente, realmente a matéria não é tão tranquila, visto que a deficiência auditiva referida no decreto aduz perda bilateral, parcial ou total. A matriz de tudo isso está na Constituição, na qual procurou, em muitas hipóteses, trazer a possibilidade de inclusão dos deficientes no mercado de trabalho, sobretudo no serviço público.

Uma pessoa que tenha perda auditiva total, mesmo sendo de um ouvido, não tem a mesma condição que aqueles com a audição normal. Por isso mesmo, penso que está em consonância com o objetivo da própria Constituição lhe assegurar o direito de concorrer nas vagas destinadas a deficientes, conforme vários precedentes a respeito. Inclusive, como lembrou a ilustre Procuradora, essa questão não é tão diferente da visão monocular, que o Tribunal editou uma súmula a respeito, assegurando o direito àqueles que têm visão monocular de concorrerem como deficientes nos concursos, dentro das vagas reservadas para tal finalidade.

Penso que essa interpretação, com a devida vênia, pois sei que a questão é polêmica, é a que está mais de acordo com o propósito da própria Constituição Federal a respeito, no seu art. 37, VIII.

Peço vênia e acompanho o eminente Relator, no sentido de conceder a segurança.

É o voto.

VOTO-VENCEDOR

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de mandado de segurança impetrado por MARCELLA MARIA CINTRA LEAL DE SOUZA contra ato do Presidente do STJ e do Diretor-Geral do CESPE – UnB referente ao concurso para o provimento de cargo de analista judiciário no Tribunal. A impetrante alega que deve ser alocada na lista de deficiente, porquanto possui surdez auditiva unilateral. O laudo da junta médica do referido concurso descaracterizou a situação da candidata como de deficiência, conforme se infere do laudo de perícia médica (fl. 72, e-STJ):

“(…) CONCLUSÃO

CANDIDATO É DEFICIENTE? NÃO

Observações: Audição normal à direita. Nas e enquadra no Decreto 3.298/99.”

Contra o resultado da perícia interpôs recurso administrativo (fls. 75-80, e-STJ). O recurso foi indeferido (fl. 93, e-STJ):

“No recurso em questão foi constatado que:

De acordo com o Decreto n. 3.298/99, atualizado pelo Decreto n. 5.296/2004, que rege o Edital n. 01 do STJ, de 08/12/2012, sobre deficiência auditiva: ‘perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas freqüências de 500 Hz, 1.000 Hz, 2.000 Hz e 3.000 Hz’. Portanto, se a candidata apresenta perda auditiva unilateral não pode ser clinicamente enquadrada como pessoa com deficiências nos termos do Edital.

Ante o exposto, o recurso de Vossa Senhoria foi indeferido.

JUNTA MÉDICA”

Com a publicação do Edital n. 08-STJ, de 19.7.2012, obteve, em definitivo, a negativa de provimento do recurso e a desclassificação no concurso (fls. 82-91, e-STJ).

Na sua petição inicial (fls. 1-11, e-STJ), sustenta que, nos termos de definição que postula amparada no art. 3º, incisos I e II, do Decreto n. 3.298/1999, a surdez lateral de grau profundo – anacusia (CID H90.5) – deve ser considerada como deficiência, apta a permitir sua participação em lista

específica no certame em questão, para o cargo público. Junta precedentes de TRFs e do STJ, bem como julgado do STM no qual sua tese teria sido contemplada, com nomeação e posse naquele órgão. Pediu liminar.

Foi deferida gratuidade de justiça (fl. 118, e-STJ).

O Ministro Castro Meira, relator, indeferiu o pedido de liminar (fl. 123, e-STJ).

A União pediu seu ingresso no feito (fl. 136, e-STJ).

O Diretor-Geral do CESPE/UnB ofertou informações (fls. 142-189, e-STJ). Argumenta que o pedido jurídico seria impossível, uma vez que seria vedado ao Poder Judiciário adentrar no cerne do mérito administrativo. Alega que todos os demais candidatos na lista de deficientes deveriam ser chamados à lide na condição de litisconsortes passivos necessários. No mérito, postula que o Edital deve ser cumprido à risca e que o art. 4º, II, do Decreto n. 3.298/99, na redação dada pelo Decreto n. 5.296/2004, é claro ao afirmar que a deficiência auditiva somente seria caracterizada como perda bilateral da audição. Por fim, indica que a concessão da ordem violaria o princípio da isonomia ao privilegiar a impetrante em detrimento dos demais candidatos. Juntou documentação (fls. 150-189, e-STJ).

O Presidente do Superior Tribunal de Justiça juntou informações (fls. 191-210, e-STJ). Foi juntada documentação na qual consta que o edital está amparado no art. 4º, II, do Decreto n. 3.298/99, na redação dada pelo Decreto n. 5.296/2004 e que a junta médica meramente constatou tecnicamente a inexistência de surdez bilateral, ensejando a desclassificação da impetrante (fls. 194-196, e-STJ).

O *Parquet* federal solicitou o envio dos autos (fls. 214-223, e-STJ).

Foi ofertado opinativo pelo Ministério Público Federal em prol da concessão da ordem, cuja ementa abaixo transcrevo (fl. 225, e-STJ):

“MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA PORTADORA DE GRAVE PERDA AUDITIVA UNILATERAL. DIREITO DE CONCORRER ÀS VAGAS DESTINADAS AOS DEFICIENTES FÍSICOS. INTERPRETAÇÃO CONCOMITANTE DOS ARTIGOS 3º E 4º, II DO DECRETO N. 3.298/99. PRECEDENTES. Parecer pela concessão da ordem.”

O Ministro Castro Meira deferiu o ingresso da União na lide (fl. 230, e-STJ).

Em brilhante voto, o eminente Ministro Castro Meira cita precedentes do STJ no sentido postulado pela impetrante, bem como descreve que o

Decreto n. 3.298/99, com a redação dada pelo Decreto n. 5.296/2004 ampara a interpretação de que a candidata deveria ser alocada na lista classificatória de deficientes. No entender do relator, os arts. 3º e 4º, II, do decreto precisariam ser lidos em interpretação sistemática, com a legislação pátria, a Constituição Federal e regramentos internacionais, o que, portanto, se sobreporia ao entendimento da junta médica e à disposição do edital, que, meramente, transcreve a nova redação do art. 4º, II, do Decreto n. 3.298/99.

Todavia, ousei divergir, com base em precedente do Supremo Tribunal Federal, por três argumentos: nova redação do Decreto n. 3.298/99; estrito cumprimento do edital, que reproduz o decreto; e em razão de entender que haveria necessidade de dilação probatória.

O Ministro Luis Felipe Salomão pediu vista dos autos e proferiu o seu voto no sentido de acompanhar o relator. Assinalou correção na indicação das autoridades coatoras. Rejeitou as preliminares de impossibilidade jurídica do pedido, bem como de necessidade nos litisconsortes passivos. No mérito, sustentou a necessidade de uma leitura ampla do conceito de deficiência, com destaque para uma leitura que ultrapassasse a literalidade em prol do reconhecer de política inclusiva do deficiente.

O Ministro João Otávio de Noronha pediu vista dos autos. Proferiu voto para acompanhar a divergência, uma vez que considerou que o advento da nova redação do art. 4º, II, do Decreto n. 3.298/99 fixou conceito jurídico mais restrito de deficiente auditivo e, assim, não seria possível enquadrar pessoa com surdez unilateral em tal qualidade jurídica. Frisa o MS 29.910/DF, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

É, no essencial, o relatório.

Deve ser denegada a ordem.

Inicialmente, cabe frisar a ausência de divergência em relação ao rejeitar das preliminares. Desse modo, acolho a fundamentação para tanto, trazida pelo relator, Ministro Castro Meira. Transcrevo:

"Inicialmente, reconheço a competência da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça para conhecer e julgar o presente writ, por desafiar ato da Presidência deste Tribunal, autoridade responsável pela publicação do edital do concurso público respectivo e que defendeu a legalidade da exclusão havida.

Determina a Constituição Federal:

'Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente:

(...)

b) os mandados de segurança e os habeas data contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica **ou do próprio Tribunal;**

Passo seguinte, de impossibilidade jurídica do pedido não há que se falar, porquanto, em se tratando de concurso público, cabe ao Poder Judiciário o exame da legalidade das normas instituídas no edital e dos atos praticados na realização do certame, sendo vedada tão só a incursão no mérito administrativo, a exemplo dos critérios de formulação de questões, de correção de provas, e atribuição de notas aos candidatos, salvo nos casos flagrantes de violação à razoabilidade.

Nesse sentido: ‘(...)’ (RMS 23.878/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 23/02/2010, DJe 08/03/2010).

Ademais, é dispensável a citação dos outros candidatos aprovados no concurso público, a título de litisconsórcio passivo necessário, visto que eles detêm apenas expectativa de direito à nomeação, a teor dos seguintes precedentes:

‘ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. INEXISTÊNCIA. ARTS. 3º E 41 DA LEI 8.666/93. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 182/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. “É Dispensável a formação do litisconsórcio passivo necessário entre os candidatos aprovados em concurso público, uma vez que possuem apenas expectativa de direito a nomeação” (AgRg no AREsp 20.530/PI, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 13/10/11).

(...)

4. Agravo regimental não provido’

(AgRg no AREsp 89.428/BA, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 17/05/2012, DJe 23/05/2012);

(...)

Rejeitadas as preliminares, passo ao exame do mérito.”

Também rejeito as preliminares, nos mesmos termos do relator.

Passo ao mérito.

Está muito clara a questão sob exame no âmbito da Corte Especial do STJ.

Como se infere do relatório, a impetrante foi desclassificada, uma vez que a junta médica não a considerou como enquadrada nos termos do art. 4º,

II, do Decreto n. 3.298/99, com a redação dada pelo Decreto n. 5.296/2004. Transcrevo:

“Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

(...)

II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas freqüências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz;”

O Edital n. 1 – STJ, de 8.2.2012, assim dispunha sobre o tema (fls. 28-30, e-STJ):

“5 DAS VAGAS DESTINADAS AOS CANDIDATOS COM DEFICIÊNCIA

5.1 Das vagas destinadas a cada cargo / área / especialidade / ramo e das que vierem a ser criadas durante o prazo de validade do concurso, 5% serão providas na forma do § 2º do artigo 5º da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e do Decreto no 3.298, de 20 de dezembro de 1999, e suas alterações.

(...)

5.6 DA PERÍCIA MÉDICA

5.6.1 Os candidatos que se declararem com deficiência, se não eliminados no concurso, serão convocados para se submeter à perícia médica oficial promovida por equipe multiprofissional de responsabilidade do CESPE/UnB, formada por seis profissionais, que verificará sobre a sua qualificação como deficiente, nos termos do artigo 43 do Decreto n. 3.298/99 e suas alterações e da Súmula 377 do STJ.

(...)

5.6.5 Perderá o direito de concorrer às vagas reservadas as pessoas com deficiência o candidato que, por ocasião da perícia médica, não apresentar laudo médico (original ou copia autenticada em cartório) ou que apresentar laudo que não tenha sido emitido nos últimos doze meses, bem como que não for qualificado na perícia médica como pessoa com deficiência ou, ainda, que não comparecer à perícia.

5.6.6 O candidato que não for considerado pessoa com deficiência na perícia médica, caso seja aprovado no concurso, figurará na lista de classificação geral por cargo / área / especialidade / ramo.

5.6.7 O candidato que, no ato da inscrição, se declarar pessoa com deficiência, se for qualificado na perícia médica e não for eliminado do concurso, terá seu nome publicado em lista a parte e figurará também na lista de classificação geral por cargo/ área/especialidade/ramo.”

A polêmica se instalou, uma vez que o redação do Decreto n. 3.298/99 foi alterada pelo Decreto n. 5.296/2004. A redação anterior abarcava a pretensão da impetrante de ser qualificada como deficiente:

“Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

(...)

II - deficiência auditiva – perda parcial ou total das possibilidades auditivas sonoras, variando de graus e níveis na forma seguinte:

- a) de 25 a 40 decibéis (db) – surdez leve;*
- b) de 41 a 55 db – surdez moderada;*
- c) de 56 a 70 db – surdez acentuada;*
- d) de 71 a 90 db – surdez severa;*
- e) acima de 91 db – surdez profunda; e*
- f) anacusia;”*

Bem aclarada a questão, trago três argumentos, relacionados com precedente do Supremo Tribunal Federal: nova redação do Decreto n. 3.298/99; estrito cumprimento do edital, que reproduz o Decreto; e necessidade de dilação probatória.

Cito o acórdão de relatoria do Min. Gilmar Mendes:

“Agravo regimental em mandado de segurança. 2. Concurso público. Decreto 3.298/99 prevê apenas a surdez bilateral como deficiência auditiva. Candidato pretende que surdez unilateral seja reconhecida como condição apta a qualificá-lo de portador de deficiência. 3. Necessidade de dilação probatória. 4. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AgRg no MS 29.910, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 21.6.2011, Processo Eletrônico, divulgado no DJe 146 em 29.7.2011 e publicado em 1º.8.2011.)

O primeiro argumento seria reconhecer que o Decreto n. 3.298/99 foi alterado pelo Decreto n. 5.296/2004 para restringir o conceito de deficiente auditivo. Desta forma, não é possível menosprezar o fato normativo para realizar interpretação sistemática que objetive negar a alteração do art. 3º, II. No cerne, a nova redação excluiu do enquadramento de deficiente as pessoas portadoras de surdez unilateral. Cito trecho do acórdão do Pretório Excelso:

“O Decreto 3.298/99, que regulamenta a Lei 7.853/1989, ao dispor sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, qualificou como deficiência auditiva a ‘perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas freqüências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz’.

Logo, por si só, a perda auditiva unilateral não é condição apta a qualificar o candidato a concorrer às vagas destinadas aos portadores de deficiência.”

O segundo argumento é que o edital estritamente incorporou a nova redação do decreto, restringindo o conceito de deficiência auditiva. A junta médica tão somente emitiu laudo técnico em sintonia com as previsões do Edital 1 – STJ, de 8.2.2012, cujo teor meramente remete ao Decreto n. 3.298/99 e suas alterações, que foi o parâmetro do ato reputado coator, em verdade praticado sob o pálio da juridicidade estrita.

E, por fim, o terceiro argumento é que a divergência exige a dilação probatória, pois se está atacando o entendimento fundado em laudos, lastreados em exames médicos, como bem indicou o precedente do STF acima transcrito, além de outro que trago:

“Agravo regimental em ação originária. Mandado de segurança. 2. Concurso público. 3. Equipe multiprofissional do CESPE entendeu que a candidata não é portadora de deficiência. 4. Agravante sustenta ser portadora de deficiência auditiva, conforme laudos médicos juntados aos autos. 5. Necessidade de dilação probatória. 6. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão agravada. 7. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AgRg na AO 1.622/BA, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 21.6.2011, publicado no DJe-125 em 1º.7.2011 e no Ement. vol. 2555-01, p. 1.)

No mesmo sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. CONCURSO PÚBLICO. DIVERGÊNCIA ENTRE LAUDOS MÉDICOS DA JUNTA OFICIAL E OS TRAZIDOS PELO PARTICULAR. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. EXTINÇÃO NA ORIGEM SEM APRECIÇÃO DO MÉRITO. PRECEDENTES DO STJ. POSSIBILIDADE DA VIA ORDINÁRIA, ART. 19, DA LEI N. 12.016/2009.

1. Na origem, cuida-se de impetração contra ato administrativo que tornou sem efeito a nomeação de candidata aprovada com base no entendimento firmado por junta médica. A impetrante argumenta que, apesar de ter sido considerada inapta, sua doença tem características que tornam incerto o prognóstico.

2. O acórdão recorrido considerou a via mandamental inadequada, já que seria impossível visualizar de plano que o laudo da junta médica seria nulo, em cotejo com

as informações médicas de fonte particular. Assim, com base nos dados carregados aos autos, acordou que qualquer deliberação exigiria a realização de perícias e de contraditório.

3. *“A legitimidade do mérito do ato administrativo só pode ser afastada judicialmente mediante a realização de perícia médica, a fim de que se apure, com a certeza técnica recomendável, se é o laudo médico da Administração ou o laudo médico do particular que está em dissonância com a realidade. Ocorre que é vedada a dilação probatória em mandado de segurança” (RMS 32.164/BA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 12.11.2010).*

4. *Precedentes no mesmo sentido: MS 15.141/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, DJe 24.5.2011; RMS 31.996/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 31.3.2011; AgRg no RMS 31.552/GO, Rel. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 13.9.2010; e AgRg no RMS 28.071/PE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 28.9.2009.*

5. *“A sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais” (art. 19, da Lei n. 12.016/2009).*

Agravo regimental improvido.”

(AgRg no RMS 33.928/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 20.10.2011, DJe 27.10.2011.)

Ante o exposto, peço todas as vênias ao eminente Ministro Relator – e aos pares que o acompanharam – para divergir do voto, denegando a segurança.

É como penso. É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Eminente Presidenta, eminente Relator, inicialmente, queria felicitar o voto brilhante do Relator. E trago, aqui, duas observações, na linha dos argumentos já apresentados pelo eminente Ministro Humberto Martins.

O texto original do decreto afirmava o seguinte: deficiência auditiva. Perda parcial ou total das possibilidades auditivas sonoras. Repito, perda parcial ou total das possibilidades auditivas sonoras.

Em 2004 – e imagino que exatamente para evitar este debate que estamos tendo hoje aqui –, o decreto foi alterado, e a definição de deficiência auditiva passou a ser perda bilateral, parcial ou total.

O primeiro argumento, com as homenagens de praxe ao eminente Relator, para se chegar a um entendimento diverso daquele de S. Exa., é indagar: para que mudou o legislador o texto, ao acrescentar a palavra, o vocábulo “bilateral”, que inexistia no decreto anterior? Então, o primeiro argumento é de natureza hermenêutica, linguística, de interpretação literal.

Mas creio que há um argumento mais poderoso, que é o exame da *ratio* da legislação. A legislação está posta, a começar pelo texto constitucional, para proteger os hipervulneráveis. Quem tem disacusia unilateral – e veja que pode ser parcial –, a se interpretar os fatos à luz da redação anterior, não está concorrendo com os sãos, estará tirando a vaga de quem é absolutamente hipervulnerável, que tem disacusia (seja parcial ou total, seja dupla ou bilateral). Então, não pensemos que estará concorrendo com os que não contam com essa deficiência física, mas que estará subtraindo a vaga dos que mais precisam. Esse foi o espírito, a *ratio* mesma do legislador constitucional e infraconstitucional.

Por isso, pedindo mil vênias ao eminente Relator e também ao queridíssimo Colega, e não menos brilhante, Sr. Ministro Arnaldo Esteves, *acompanho a divergência*.

É como *voto*.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Marcella Maria Cintra Leal de Souza contra ato do Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça e do Diretor-Geral do Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (Cespe/UNB) por lhe ter sido negada a qualificação como deficiente física no concurso público para provimento de vagas e formação de cadastro de reserva no cargo de analista judiciário do quadro de pessoal do Superior Tribunal de Justiça.

A impetrante alega ser portadora de deficiência física descrita por “perda auditiva neurosensorial de grau profundo no ouvido esquerdo - anacusia”, isto é, surdez unilateral (CID H90.S), de etiologia indeterminada, razão por que se inscreveu no certame dentro do número de vagas previstas para os deficientes físicos.

Relata que foi classificada para o cargo pretendido, tendo sido convocada para comparecer à perícia médica no Hospital Universitário de Brasília (HUB),

apresentando, naquela oportunidade, 3 (três) laudos médicos particulares (enviados ao Cespe no momento da inscrição), bem como um exame denominado “audiometria”.

A Junta Médica responsável pela perícia, mesmo reconhecendo a anacusia no ouvido esquerdo da candidata, chegou à conclusão de que a candidata não se enquadra nas hipóteses tipificadas pelo Decreto n. 3.298/99, tendo mantido o referido posicionamento após a interposição de recurso administrativo, por entender que o decreto que regulamenta a matéria restringe o conceito de deficiência à perda auditiva bilateral.

Defende a possibilidade de os portadores de surdez unilateral concorrerem às vagas reservadas a deficientes físicos em concurso públicos, porquanto “*a imprestabilidade desse órgão insere-se na conceituação exposta nos incisos I e II do art. 3º do Decreto*”.

Segundo a impetrante, o decreto é ilegal na parte em que restringe a surdez unilateral, pois contraria a própria lei que lhe serve de fundamento de validade, não podendo restringir, onde a lei ampliou.

Pondera que a pessoa sem audição, ainda que de um ouvido, é deficiente e não pode disputar a mesma vaga com aquele que possui plena capacidade auditiva, sob pena de afronta à Constituição e à lei.

Argumenta que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica em assegurar a reserva de vagas destinadas aos portadores de necessidades especiais acometidos de perda auditiva, seja ela unilateral ou bilateral, tendo a impetrante, inclusive, obtido pleito favorável em Mandado de Segurança perante o Superior Tribunal Militar, no cargo de analista judiciário para aquele mesmo órgão.

O Diretor-Geral do Centro de Seleções e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (Cespe/UNB) prestou informações às fls. 142/189.

Na oportunidade, arguiu a impossibilidade jurídica do pedido, sob a alegação de que a pretensão seria de reexaminar os critérios do edital do concurso no ponto referente à perícia médica, o que não seria possível, porquanto descabe ao Poder Judiciário adentrar no mérito exclusivamente administrativo.

Sustentou, ainda, a necessidade de citação de “todos os candidatos que se inscreveram para concorrer às vagas para o cargo de *Analista Judiciário - Área: Judiciária*, destinada aos portadores de deficiência, sob pena de nulidade” (fl. 145).

No mérito, observou que a Administração Pública agiu em conformidade com os princípios da moralidade e da legalidade, respeitando a Constituição Federal e toda a legislação aplicável ao caso, máxime o inciso II do art. 4º do Decreto n. 3.298/99. Ao final, salientou que o acolhimento da irresignação acarretará ofensa ao art. 37, I e II, da Carta Maior, pois desrespeitará o princípio da isonomia.

Por seu turno, o Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se às fls. 191/210, juntando documentos, dentre os quais ofício do Diretor-Geral do Cespe/UNB dirigido à Coordenadoria de Provimento e Informações Funcionais do Superior Tribunal de Justiça, no qual são reiterado os argumentos desenvolvidos na manifestação de fls. 142/189.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da eminente Subprocuradora-Geral da República Dra. Maria Caetana Cintra Santos, opinou pela concessão da segurança, em parecer assim resumido:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA PORTADORA DE GRAVE PERDA AUDITIVA UNILATERAL. DIREITO DE CONCORRER ÀS VAGAS DESTINADAS AOS DEFICIENTES FÍSICOS. INTERPRETAÇÃO CONCOMITANTE DOS ARTIGOS 3º E 4º, II, DO DECRETO N. 3.298/99. PRECEDENTES.

Parecer pela concessão da segurança (fls. 225-228).

O Ministro Castro Meira, relator, votou pela concessão da ordem, com base nos seguintes fundamentos:

i) Por se tratar de concurso público, cabe ao Poder Judiciário o exame da legalidade das normas instituídas no edital e dos atos praticados na realização do certame;

ii) não há falar em formação de litisconsórcio passivo necessário, uma vez que os candidatos detêm apenas expectativa de direito à nomeação;

iii) Em sua maioria, a jurisprudência do STJ assegura a reserva de vagas destinadas aos portadores de deficiência a candidatos acometidos de perda auditiva, bilateral ou unilateral, haja vista que o art. 4º, LI, do Decreto 3.298/99 (que define as hipóteses de deficiência auditiva) deve ser interpretado em consonância com o art. 3º do mesmo diploma legal;

iv) Mostra-se irrazoável o entendimento de que uma grave perda auditiva unilateral não qualifique seu portador como deficiente, tendo em vista que a deficiência é definida como toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser

humano (art. 3º, I), somado ao fato de que a própria norma refere-se à perda auditiva parcial (art. 4º, LI);

v) o Governo brasileiro ratificou, por meio do Decreto 6.949/09, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, aprovada pelo Congresso Nacional com a autoridade de emenda constitucional (art. 5º, § 3º, da CF/88), que promove, protege e assegura o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência.

O Ministro Arnaldo Esteves acompanhou o relator, por entender que a pessoa com perda unilateral da audição não tem as mesmas condições daqueles com audição normal, sendo, inclusive, semelhante à questão da visão monocular sumulada por esta Corte de Justiça.

Inaugurando a divergência, o Ministro Humberto Martins, com base na jurisprudência do STF, divergiu do referido entendimento, uma vez que o Decreto n. 3.298/99 foi alterado para restringir o conceito de deficiente auditivo, tendo o edital do concurso apenas incorporado a nova redação do decreto. Além disso, também considerou inviável o *mandamus* porque seria necessário dilação probatória.

Os Ministros Sidnei Beneti e Herman Benjamin acompanharam a divergência, tendo este último fundamentado seu voto com argumento de natureza hemenêutica-linguística, de interpretação literal, qual seja, o de que o vocábulo “bilateral” teria sido colocado pelo legislador justamente para definir o que realmente é considerado deficiência auditiva para a Administração. Além disso, o voto divergente fundou-se na *ratio* da legislação, asseverando que ela está posta para proteger os hipervulneráveis, sendo que os deficientes auditivos unilaterais não estão concorrendo com os sãos, mas sim com aqueles que mais precisam, com aqueles que realmente são absolutamente deficientes de acordo com a norma.

Diante disso, pedi vista dos autos para melhor exame da matéria.

É o relatório.

2. De início, verifica-se que o *mandamus* desafia ato do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, autoridade responsável pela publicação do Edital n. 1/STJ, de 8 de Fevereiro de 2012 (concurso público para provimento de vagas e formação de cadastro de reserva nos cargos de analista judiciário e de técnico judiciário do quadro de pessoal do Superior Tribunal de Justiça) e pelo Edital n. 7/STJ, de 22 de Junho de 2012 (o qual homologou o resultado

provisório na perícia médica dos candidatos que se declararam com deficiência, excluindo a impetrante).

Nos dizeres de Cassio Scarpinella Bueno, “para a identificação da autoridade coatora em mandado de segurança, a despeito da aparente *alternativa* que se extrai da redação do § 3º do art. 6º da Lei n. 12.016/2009, mister que ela tenha poder *decisório* ou *deliberativo* sobre a prática do ato ou a abstenção de praticá-lo. O mero *executor material* do ato, que apenas cumpre as ordens que lhe são dadas, não lhe cabendo questioná-las, não pode ser entendido como *autoridade coatora*”. (BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48).

Nesse sentido, confirmam-se os precedentes a seguir:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA - ESAF. DIRETOR-GERAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA. MINISTRO DE ESTADO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA. SUPOSTA ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. DEFICIÊNCIA SANÁVEL. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO. CONVOCAÇÃO NÃO EFETUADA DEVIDO A FALHA NO ENDEREÇAMENTO DO TELEGRAMA. ERRO ATRIBUÍDO EXCLUSIVAMENTE À ADMINISTRAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO RECONHECIDO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. Autoridade coatora, para fins de mandado de segurança, é aquela que pratica, ordena ou omite a prática do ato impugnado e tem poderes para refazê-lo. No caso, o Diretor-Geral da Escola de Administração Fazendária - ESAF deve ser excluído da lide, por ilegitimidade passiva *ad causam*, uma vez que o ato tido por ilegal não foi por ele praticado nem pode ser por ele reparado, uma vez que a convocação dos candidatos classificados é, nos termos do edital, de competência do Ministério da Ciência e Tecnologia.

2. Aplica-se a teoria da encampação quando a autoridade apontada como coatora, ao prestar suas informações, não se limita a alegar sua ilegitimidade, mas defende o mérito do ato impugnado, requerendo a denegação da segurança, assumindo a *legitimatío ad causam* passiva.

In casu, tenho como legitimado para figurar no pólo passivo do *mandamus* o Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia.

3. Na hipótese, o candidato foi aprovado e classificado dentro das vagas, não sendo nomeado por falha no endereçamento do telegrama, erro cometido única e exclusivamente pela Administração. Direito líquido e certo reconhecido.

4. Segurança concedida (MS 9.933/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJ 6/3/2006 - grifo nosso)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DO CERTAME. ALEGAÇÃO DE DECADÊNCIA NÃO PREQUESTIONADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 211/STJ, POR ANALOGIA. LITISCONSÓRCIO. INOCORRÊNCIA. AUTORIDADE COATORA. LEGITIMIDADE. APROVAÇÃO FORA DAS VAGAS. NOMEAÇÕES PRECÁRIAS. EXPECTATIVA DE DIREITO CONVOLADA EM DIREITO SUBJETIVO NA ESPÉCIE.

1. Trata-se, na origem, de mandado de segurança impetrado pelos recorridos contra ato do Secretário de Cultura do Distrito Federal para provimento nos cargos de Músicos da Orquestra Sinfônica do Teatro Nacional. Os recorridos foram aprovados nas 4º e 5º colocações em um concurso realizado para preenchimento de duas vagas. No entanto, alegam que participam de todos os concertos realizados pela referida orquestra desde 2008, por meio de contratação precária, efetuada durante o prazo de validade do concurso. Dessa forma, entendem como líquido e certo o direito à nomeação e posse para o cargo (especialidade violoncelo). O Tribunal de origem acolheu, em liminar e também depois, definitivamente, o pedido feito pelos ora recorridos.

2. Em primeiro lugar, em relação à alegada ocorrência do prazo decadencial para a impetração do *mandamus*, ausente o requisito indispensável do prequestionamento. Incidência da Súmula n. 211/STJ, por analogia.

3. Em segundo lugar, é firme no STJ o entendimento de que não há litisconsórcio passivo necessário entre todos os candidatos aprovados em concurso público. Precedentes.

4. Em terceiro lugar, a autoridade coatora, para fins de impetração de mandado de segurança, é aquela que pratica ou ordena, de forma concreta e específica, o ato ilegal, ou, ainda, aquela que detém competência para corrigir a suposta ilegalidade. Inteligência do art. 6º, § 3º, da Lei n. 12.016/2009. Segundo explanação do acórdão a quo, o Secretário de Cultura do Distrito Federal no uso de suas atribuições tornou pública a realização do concurso aqui tratado.

5. Em quarto lugar, esta Corte Superior, inclusive em precedentes da minha relatoria (RMS 34.095/BA), já entendeu pela inexistência de direito adquirido dos candidatos aprovados em relação a eventuais novas vagas que surgirem no prazo de validade do certame, caracterizando a investidura ato discricionário da Administração Pública. Todavia, em recente julgamento (Inf. STF 622/2011 - RE 581.113/SC, Rel. Min. Dias Toffoli), o Supremo Tribunal Federal proclamou entendimento diametralmente oposto. O Superior Tribunal de Justiça o acompanhou na nova orientação (Inf. STJ 488/2011 - RMS 31.847/RS, de minha relatoria).

6. No caso dos autos, é incontroverso nos autos que, durante o prazo de validade do concurso público, foram realizadas contratações temporárias pela Administração.

7. Assim, a discricionariedade da Administração Pública deve ser afastada para reconhecer direito líquido e certo da impetrante para integrar os cargos de Músicos da Orquestra Sinfônica do Teatro Nacional.

8. Recurso especial não provido (REsp 1.199.702/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14/2/2012)

Portanto, dúvidas não restam quanto à adequação da indicação das autoridades coatoras no caso concreto e, por consequência, quanto à competência da Corte Especial para processar e julgar o *writ*, haja vista o disposto no art. 105, I, alínea *b*, da Constituição da República e no art. 11 do RISTJ.

3. A alegada impossibilidade jurídica do pedido não prospera, pois a pretensão passa ao largo da análise do mérito administrativo, apenas requerendo a verificação da legalidade das normas e dos atos praticados no certame, em especial das regras estabelecidas pelo Decreto n. 3.298/99 e suas alterações.

Raquel Melo Urbano de Carvalho, ao discorrer a respeito do controle judicial dos atos vinculados, assim se pronunciou:

Incumbe ao Judiciário manter o administrador dentro dos limites da juridicidade delineada no sistema normativo. Assim sendo, pode controlar todos os aspectos do ato vinculado, cujos elementos e pressupostos encontram-se fixados na lei, sendo identificáveis mediante atividade interpretativa levada a efeito diante da realidade em questão.

Quando, ao realizar o controle de legalidade em sentido amplo, o Judiciário deparar-se com ato vinculado viciado, deve fazer incidir a consequência que o ordenamento impõe, mesmo que isto implique sua extinção: "O Poder Judiciário, no exercício de sua competência constitucional (Carta Magna, art. 5º, XXXV), ao invalidar o ato administrativo inconstitucional ou ilegal, não invade a esfera de competência do Poder Executivo, inexistindo violação ao disposto no artigo 2º da Constituição."

Com efeito, se o Judiciário, ao analisar os elementos (conteúdo e forma) e pressupostos (motivo, sujeito e finalidade) de um ato administrativo vinculado submetido ao seu controle, verifica a presença de um defeito insanável como, p. ex., desvio de poder ou ilicitude do conteúdo por desconformidade com regra constitucional, cabe-lhe invalidar o ato nulo, restaurando a juridicidade violada no sistema.

A vinculação em alguns desses aspectos pode decorrer da força coercitiva de princípios implícitos do ordenamento e não necessariamente de uma específica regra legal. É irrelevante a origem da vinculação. Se o elemento ou o pressuposto é identificável diretamente do ordenamento mediante atividade hermenêutica ao final da qual há uma só alternativa possível, tem-se o aspecto

vinculado e o Judiciário pode livremente controlá-lo. Quando todos os elementos e pressupostos são vinculados, porquanto determinados de modo específico pela ordem jurídica (seja por seus princípios, seja por regras legais, seja após detalhamento por atos regulatórios e regulamentares), tem-se o ato administrativo vinculado e o Judiciário pode aferir sem restrições a legalidade de todos os seus aspectos.

Certo é que, se todos os elementos e pressupostos do ato resultam diretamente do sistema, mediante atividade interpretativa, é irrestrito o controle judicial, pois não há espaço algum reservado apenas à conveniência administrativa. Como se trata de questão de juridicidade, não há impedimentos ao controle, pelo Judiciário, da observância dos critérios necessários à regularidade do ato administrativo: sujeito capaz e competente; conteúdo lícito, determinado e possível; forma escrita e formalidades exigidas por lei, motivo verdadeiro e proporcional com o comando administrativo; finalidade pública e específica decorrente do próprio ato (DE CARVALHO, Raquel Melo Urbano. *Curso de direito administrativo - parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração*, 2ª ed., Editora Podivm, Bahia: 2009, págs. 601/602).

Acerca do tema, colhe-se, dentre inúmeros, o seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. DISPOSITIVO INDICADO COMO VIOLADO NÃO SUSTENTA A TESE RECURSAL. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. PARTICIPAÇÃO NA FASE SUBSEQUENTE. IMPOSSIBILIDADE. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. BANCA EXAMINADORA. QUESTÕES. REVISÃO JUDICIAL INCABÍVEL.

1. Se o dispositivo legal tido por violado não é capaz de sustentar a tese recursal, revela-se inviável o recurso especial pela alínea “a” do permissivo constitucional.

2. Os candidatos aprovados em determinada fase do concurso e que não se classificaram dentro do número de vagas previsto no edital têm mera expectativa de direito de participarem da etapa subsequente.

3. De acordo com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, ao Poder Judiciário é permitido tão somente o exame da legalidade do concurso público, sendo vedado apreciar os critérios utilizados pela banca examinadora, sob pena de substituí-la no exame do mérito do ato administrativo praticado.

4. Agravo regimental improvido (AgRg no Ag 1.278.000/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 5/10/2011)

A par disso, a jurisprudência desta Corte considera dispensável a sugerida necessidade de formação de litisconsórcio passivo, com a conseqüente citação dos demais candidatos aprovados.

Nessa senda, convém destacar os precedentes que se seguem:

PROCESSUAL CIVIL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA ESTADUAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. (PETROBRAS) ATO DE AUTORIDADE E NÃO ATO DE MERA GESTÃO. CABIMENTO DO *WRIT*. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. DESNECESSIDADE. CANDIDATO APROVADO QUE POSSUI FORMAÇÃO SUPERIOR À EXIGIDA NO EDITAL. ELIMINAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO A PERMANECER NO CERTAME RECONHECIDO.

1. As questões de ordem pública, passíveis de conhecimento de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária, não podem ser analisadas em recurso especial, se ausente o requisito do prequestionamento. Precedentes.

2. A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que os atos praticados por dirigentes de sociedades de economia mista para fins de contratação de pessoal não podem ser considerados como atos de mera gestão, razão pela qual os dirigentes de tais sociedades estão legitimados a figurar como autoridade coatora na ação mandamental (AgRg no Ag 1.113.000/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 18.8.2011, DJe 2.9.2011; AgRg no Ag 1.402.890/RN, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 9.8.2011, DJe 16.8.2011).

3. Dispensável a formação do litisconsórcio passivo necessário entre os candidatos aprovados em concurso público, uma vez que possuem apenas expectativa de direito a nomeação. (AgRg no AREsp 20.530/PI, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 6.10.2011, DJe 13.10.2011).

4. Há direito líquido e certo de permanência no certame se o candidato detém qualificação superior à exigida no edital do concurso público. (Precedente: AgRg no Ag 1.402.890/RN, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 9.8.2011, DJe 16.8.2011; REsp 1.071.424/RN, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20.8.2009, DJe 8.9.2009.)

Agravo regimental improvido (AgRg no AgRg no REsp 1.270.179/AM, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 03/02/2012)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS COM MANIFESTO DESEJO DE OBTER A ALTERAÇÃO DO JULGADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONCURSO PÚBLICO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. FORMAÇÃO. CITAÇÃO DOS DEMAIS CANDIDATOS APROVADOS. DESNECESSIDADE.

1. Admitem-se como agravo regimental os embargos de declaração opostos em face de decisão monocrática, ante o caráter infringente que se pretende, em nome dos princípios da economia processual e da fungibilidade. Precedentes.

2. O litisconsórcio passivo necessário dos aprovados em concurso público cuja nulidade pode ser decretada em sede de ação civil pública não se impõe,

porquanto eventual procedência da demanda não é suficiente, por si só, para demonstrar a comunhão de interesses entre todos os inscritos no certame, pois os eventuais aprovados possuem mera expectativa de direito. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1.164.151/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 11/11/2011)

Por conseguinte, rejeito as preliminares e passo a examinar o mérito.

4. Durante um longo período na história da humanidade, a pessoa com deficiência (física, mental ou sensorial) foi alvo de preconceito e comiseração, sendo por muitos tratada como ser socialmente inútil e dispensável para o cotidiano produtivo.

Com o passar do tempo, o pensamento em relação às pessoas portadoras de deficiência foi se modificando; em grande parte, graças aos movimentos sociais em favor da dignidade humana.

Impende reproduzir excerto de interessante artigo extraído da Revista de Direito Social, o qual faz um esboço histórico bastante abrangente sobre o assunto:

No âmbito das pessoas com deficiência, tais pessoas receberam tratamento que foi da exclusão social total ao atual patamar da proposta de inclusão, passando por períodos de institucionalização (quase sempre por toda a vida) e de integração (a deficiência é tida como um problema da própria pessoa que a possua e por isso cabe unicamente a ela capacitar-se para viver em sociedade).

O pós-II Guerra aqui também foi um marco, especialmente pela legião de mutilados que ela produziu. Com a era da produção industrial e do consumo, as pessoas com deficiência conviveram com as concepções de pessoas “úteis” e “inúteis” e com as idéias de habilitação/reabilitação, de paciente/doente, de incapaz e dependente de cuidados de terceiros (como é comum a uma pessoa “doente”).

A partir dos anos 80 há um avanço qualitativo no trato internacional deste tema, especialmente pelas Nações Unidas e suas agências, a Organização Internacional do Trabalho e a Organização Mundial de Saúde, despertando as pessoas com deficiência para uma reivindicação mais vigorosa de seu papel de cidadão, em igualdade de condições com seus pares.

Lembra MARIA DE LOURDES CANZIANI que dentre os principais documentos internacionais produzidos a partir de encontros, eventos de pessoas com deficiência e de organismos nacionais e internacionais de defesa desse segmento e que têm orientado as políticas públicas brasileiras nesta área, podem ser citados a Declaração dos Direitos do Impedido - 1975; a Carta dos anos 80; o Programa

de Ação das Nações Unidas de 1982; as Normas Internacionais do Trabalho sobre a Readaptação Profissional - 1984; a Declaração de Cartagena das Índias sobre as Políticas Integrais para as pessoas portadoras de deficiência, na região Ibero-Americana - 1992; a Declaração de Manágua - 1993; a Primeira Conferência Internacional de Ministros responsáveis pela atenção de pessoas portadoras de deficiência - 1992; Normas Uniformes sobre a Igualdade de Oportunidades para as pessoas portadoras de deficiência (ONU - 1993); a Declaração de Salamanca e Marco das Ações sobre Necessidades Educativas Especiais. Mais recentemente, citamos a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (Convenção da Guatemala - 1999).

No Brasil, o marco está fincado na Constituição Federal de 1988, seguindo-se a Lei Federal n. 7.853/89, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, define crimes e dá outras providências, e também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

DINAURA GODINHO PIMENTEL GOMES, em recente obra sobre o tema da dignidade humana no contexto do direito do trabalho, traz boa abordagem do sentido de dignidade, sob as luzes kantianas, *verbis*: “É nesse contexto que, em seu verbete sobre dignidade, ABBAGNANO faz direta referência ao aludido filósofo [KANT], para com ele compartilhar o conceito do princípio da dignidade humana, destacando que ‘a exigência enunciada por KANT como segunda fórmula do imperativo categórico: ‘Age de forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como meio’. Esse imperativo estabelece na verdade que todo homem, aliás, todo ser racional, como fim em si mesmo, possui um valor não relativo, como, p. ex., um preço, entretanto intrínseco, isto é, a dignidade’. O que tem um preço pode ser substituído por alguma coisa equivalente; o que é superior a todo preço, e, portanto, não permite nenhuma equivalência, tem uma dignidade. Substancialmente, a dignidade de um ser racional consiste no fato de que ela ‘não obedece a nenhuma lei que não seja instituída por ele mesmo’. A moralidade, como condição dessa autonomia legislativa, é, portanto, a condição da dignidade do homem; moralidade e humanidade são as únicas coisas que não têm preço...” (RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes *in* Revista de Direito Social - “Direitos Humanos e a Dignidade da Pessoa com Deficiência” - Ano VI - Jan./Mar 2006 - n. 21 - págs. 89-92)

No censo realizado em 2010, o IBGE registrou um total de 45.606.048 de pessoas portadoras de deficiência, o que representava, à época, cerca de 23,9% da população brasileira (190.755.799). O questionário envolvia as pessoas com deficiência mental/intelectual e, ainda, visual, auditiva e motora, essas três últimas divididas nas seguintes classificações: “Não consegue de modo algum”, “Grande dificuldade”, “Alguma dificuldade” (elementos extraídos

da tabela n. 1.3.1 do Censo 2010 - *in* ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_Religiao_Deficiencia/tab1_3.pdf)

Com base nesses dados, constata-se que há um significativo número de pessoas com deficiência no Brasil, o que requer maior empenho do Estado e da sociedade para o implemento das normas inclusivas.

5. Atento à tendência internacional e à pungente necessidade de positivar a dignidade da pessoa com deficiência criando regras de inserção social, o constituinte brasileiro reservou, o inciso VIII do art. 37 da Carta Magna para tratar da questão ora em análise, consoante se infere a seguir:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

No tocante ao preceito em relevo, calha expor o seguinte fragmento da obra de Paulo Napoleão Nogueira da Silva:

Em outros dispositivos (artigos 7º, XXXI, 24, XIV, 203, IV e V, 227, § 1º, II, e 244) o constituinte já manifestara sua salutar preocupação em relação aos deficientes físicos; aqui, remete à lei ordinária a fixação da participação destes nos cargos e empregos públicos. No entanto, em face da exata aplicação do princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, e I) tal disposição pode suscitar indagações quanto à aplicabilidade da desigualação ínsita à igualdade.

Com efeito, o princípio da igualdade não contempla tal exceção; mas, não há dúvida acerca de que, como pessoas humanas, e capacitados os deficientes físicos devem ter - em face dos direitos humanos, artigos 1º, III, 3º, IV, 4º, II - igualdade de oportunidades. Não se trata, aqui, de cogitar que a deficiência crie uma desigualdade 'positiva', que beneficie os seus portadores; mas, de uma proteção constitucional e legal a compensar os insondáveis desígnios da própria natureza (DA SILVA, Paulo Napoleão Nogueira. *Breves comentários à Constituição Federal*, Vol. I, Ed. Forense, Rio de Janeiro: 2002, pág. 437).

No âmbito infraconstitucional, em 1989, entrou em vigor a Lei n. 7.853/89, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência-Cordec, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou

difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências.

Dessa norma, mostra-se oportuno transcrever os dispositivos a seguir:

Art. 1º Ficam estabelecidas normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências, e sua efetiva integração social, nos termos desta Lei.

§ 1º Na aplicação e interpretação desta Lei, serão considerados os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros, indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito.

§ 2º As normas desta Lei visam garantir às pessoas portadoras de deficiência as ações governamentais necessárias ao seu cumprimento e das demais disposições constitucionais e legais que lhes concernem, afastadas as discriminações e os preconceitos de qualquer espécie, e entendida a matéria como obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade.

Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Parágrafo único. Para o fim estabelecido no *caput* deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos esta Lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas:

I - na área da educação:

(...)

II - na área da saúde:

(...)

III - na área da formação profissional e do trabalho:

a) o apoio governamental à formação profissional, e a garantia de acesso aos serviços concernentes, inclusive aos cursos regulares voltados à formação profissional;

b) o empenho do Poder Público quanto ao surgimento e à manutenção de empregos, inclusive de tempo parcial, destinados às pessoas portadoras de deficiência que não tenham acesso aos empregos comuns;

c) a promoção de ações eficazes que propiciem a inserção, nos setores públicos e privado, de pessoas portadoras de deficiência;

d) a adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho, em favor das pessoas portadoras de deficiência, nas entidades da Administração Pública e do setor privado, e que regulamente a organização de oficinas e congêneres integradas ao mercado de trabalho, e a situação, nelas, das pessoas portadoras de deficiência;

IV - na área de recursos humanos:

(...)

V - na área das edificações:

(...)

Para regulamentar essa lei, sobreveio o Decreto n. 3.298/1999, que em seu art. 3º, preconiza:

3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano; (grifou-se).

II - deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Já o art. 4º dessa mesma norma, em sua redação original, dispunha:

Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I - deficiência física – (...)

II - deficiência auditiva – perda parcial ou total das possibilidades auditivas sonoras, variando de graus e níveis na forma seguinte:

a) de 25 a 40 decibéis (db) – surdez leve;

b) de 41 a 55 db – surdez moderada;

c) de 56 a 70 db – surdez acentuada;

d) de 71 a 90 db – surdez severa;

e) acima de 91 db – surdez profunda; e

f) *anacusia*; (grifou-se).

III - deficiência visual – (...)

I - deficiência física – (...)

Nada obstante, o Decreto n. 5.296/2004 (que regulamenta a Lei n. 10.048/2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e a Lei n. 10.098/2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências), em seu art. 70, alterou o teor do art. 4º em realce, o qual passou a apresentar a seguinte redação:

Art. 4º [...]

I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas freqüências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz;

III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

IV - [...].

No caso concreto, as provas pré-constituídas juntadas aos autos atestam que a impetrante sofre de *anacusia*, consistente na perda unilateral profunda da audição.

Esse fato é incontroverso, como pontuou com propriedade o eminente Relator, que, inclusive, reproduziu excertos dos laudos periciais, bem como da resposta negativa efetuada pela Junta Médica examinadora ao recurso administrativo manejado pela candidata, cujo teor, no ponto em que interessa, vale aqui rememorar:

No recurso em questão foi constatado que:

De acordo com o Decreto n. 3.298/99, atualizado pelo Decreto n. 5.296/2004, que rege o Edital n. 01 do STJ, de 08/02/2012, sobre deficiência auditiva: “perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz”. Portanto, se a candidata apresenta perda auditiva unilateral não pode ser clinicamente enquadrada como pessoa com deficiência nos termos do Edital.

Ante o exposto, o recurso de Vossa Senhoria foi indeferido

Conforme se constata, a justificativa para negar a pretensão foi o entendimento de que, de acordo com o Decreto em referência, as pessoas com perda unilateral de audição não devem ser consideradas deficientes auditivas.

A controvérsia travada na espécie, portanto, diz respeito à exegese a ser conferida ao art. 4º, II, do Decreto n. 3.298/99, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto n. 5.296/04.

Insta interpretá-lo de modo a respeitar as normas atinentes ao assunto, bem como aos princípios constitucionais da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade.

Como consignou o eminente Ministro Relator, a Exposição de Motivos do Decreto n. 5.296/04, demonstra, na realidade, a intenção de abranger os portadores de deficiência, de modo a eliminar as barreiras existentes e inseri-los no contexto social, não havendo justificativa que motive o *discrimen* ocorrido.

É o que se depreende de todo o seu conteúdo, que culmina com o seguinte desfecho, bastante elucidativo quanto à finalidade da norma:

10. Se as pesquisas especializadas internacionais já classificam o Brasil entre os cinco países mais inclusivos das Américas em razão de nosso arcabouço legal, este Decreto, convém frisar, *corresponde à oportunidade de concretizarmos a inclusão de um segmento ainda marginalizado, sem possibilidade de beneficiar-se dos bens e serviços disponíveis para aqueles que não apresentam deficiência. Acesso para as pessoas portadoras de deficiência física, mental, sensorial ou para quem tem mobilidade reduzida significa a garantia de seus direitos e o exercício da cidadania.*

11. Estou convicto, Senhor Presidente, que o Decreto ora submetido ao julgamento de Vossa Excelência, se aprovado, nos termos do art. 84, IV, da Constituição da República Federal do Brasil, *será um instrumento com capacidade de dar resposta contundente à inclusão social e à construção de um país de todos* (grifou-se)

Assim, não reputo razoável compreender que, ao propor a modificação da redação do inciso II do art. 4º do Decreto n. 3.298/99, o Secretário Especial dos Direitos Humanos pretendeu restringir o conceito de deficiente auditivo.

Contribuindo para o alcance da exegese da norma em análise, considero de suma importância destacar o fato de que o Congresso Nacional editou o Decreto n. 6.949/2009, o qual promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York em 30 de março de 2007 (aprovada por meio do Decreto Legislativo n. 186/2008), que passou a ostentar *status de Emenda Constitucional*, nos moldes do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

Essa norma, na letra “e” de seu Preâmbulo, assinala:

Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas (grifo nosso).

Além disso, urge ressaltar que o propósito da citada norma de cunho constitucional vem estipulado na primeira parte do Artigo 1, nos seguintes termos: “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”.

Por sua vez, a segunda parte do mencionado preceito normativo define as pessoas com deficiência, como se verifica a seguir:

“são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Por tudo quanto exposto, com a devida vênua ao entendimento da divergência, para mim não há como interpretar isoladamente, de maneira literal, o art. 4º, II, do Decreto n. 3.298/99, com a redação conferida pelo Decreto n. 5.296/04.

A meu ver, a fim de se alcançar o objetivo da norma, faz-se necessária a interpretação sistemática do preceptivo legal em alusão, haja vista o teor do

art. 3º do mesmo Decreto, bem como os princípios norteadores da isonomia e razoabilidade.

5. A jurisprudência desta Corte evidencia essa orientação.

Com efeito, além dos vários arestos referidos no voto do eminente Relator, adicione-se o recente julgado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA AUDITIVA UNILATERAL. RESERVA DE VAGA. POSSIBILIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. DESNECESSIDADE. SURDEZ AFERIDA POR JUNTA MÉDICA.

1. A solução da controvérsia não exige dilação probatória, pois não se discute o grau de deficiência do recorrente, que já foi aferido por junta médica, mas, sim, determinar se a surdez unilateral configura deficiência física, para fins de aplicação da legislação protetiva.

2. Nos termos da Lei n. 7.853/1989, regulamentada pelos Decretos nos 3.298/1999 e 5.296/2004, toda perda de audição, ainda que unilateral ou parcial, de 41 decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz, caracteriza deficiência auditiva.

3. O laudo médico oficial confirmou que o candidato possui “deficiência acústica unipolar” no ouvido esquerdo, o que se revela suficiente para a caracterização da deficiência, porquanto a bilateralidade da perda auditiva não é legalmente exigida nessa seara.

4. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a pessoa que apresenta surdez unilateral tem direito a vaga reservada a portadores de deficiência. A propósito: AgRg no AREsp 22.688/PE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/4/2012, DJe 2/5/2012; AgRg no RMS 34.436/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 3/5/2012, DJe 22/5/2012; AgRg no REsp 1.150.154/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/6/2011, DJe 28/6/2011; RMS 20.865/ES, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 3/8/2006, DJ 30/10/2006.*

5. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no RMS 24.445/RS, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 17/10/2012)

Ademais, inúmeras são as decisões unipessoais nesse mesmo sentido, o que denota a pacificidade sobre o tema até hoje. Vejam-se à guisa de exemplo: REsp 1.172.010/PR, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), DJe 06/11/2012; AREsp 27.458/DF, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 26/10/2011; AREsp 5.159/PE, Ministro Herman

Benjamin, DJe de 9/8/2011; AG 1.192.480/DF, Ministro Jorge Mussi, DJe de 8/10/2009.

Sempre fui defensor da manutenção da jurisprudência consolidada, mormente quando fulcrada em fundamentos contundentes e em conformidade com os princípios constitucionais e com as normas infraconstitucionais. O Superior, tal como estabelecido pela Carta Constitucional, é o farol que emana a luz da segurança jurídica. A alteração brusca da orientação consolidada não contribui, com o devido respeito, para que o Tribunal cumpra com sua missão constitucional.

Cabe, ainda, salientar os precedentes oriundos de outros Tribunais Superiores quanto à matéria:

Tribunal Superior do Trabalho:

CONCURSO PÚBLICO PARA SERVIDOR. PERDA AUDITIVA SUPERIOR A 41 dB EM UM DOS OUVIDOS. ENQUADRAMENTO COMO DEFICIENTE PARA CONCORRER A VAGA DESTINADA AOS PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS.

O art. 4º do Decreto n. 3.298/99, que enumera as deficiências hábeis a autorizar que o candidato em concurso público concorra às vagas reservadas aos portadores de necessidades especiais, exige perda auditiva bilateral superior a 41 dB, não permitindo em sua literalidade enquadrar como deficiente o impetrante, portador de perda auditiva bilateral de 46,5 dB na orelha direita e 30 dB na orelha esquerda. Contudo, o rol de deficiências previsto no dispositivo regulamentar em foco não é exaustivo, demandando leitura à luz do conceito de deficiência oferecido pelo art. 1º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, norma trazida para a ordem jurídica interna com *status* de Emenda Constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da CF. Nesse contexto, considerando que a perda auditiva de que é portador o impetrante foge do padrão de normalidade física, trazendo-lhe limitações sensoriais que impedem a sua convivência em pé de igualdade com as demais pessoas, impõe-se reconhecer a sua condição de deficiente físico, tendo direito líquido e certo à reserva de vagas prevista nos arts. 37, VIII, da CF e 5º, § 2º, da Lei n. 8.112/90. Precedentes deste Órgão Especial e do Superior Tribunal de Justiça. *Remessa necessária e recurso ordinário conhecidos e não providos.* (ReeNec e RO - 29400-69.2011.5.21.0000, Rel. Min. Dora Maria da Costa, Órgão Especial, DEJT 15/10/2012)

Superior Tribunal Militar:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PORTADORA DE DEFICIÊNCIA AUDITIVA UNILATERAL. LAUDO COMPROBATÓRIO. NÃO RECONHECIMENTO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

NOMEAÇÃO E POSSE. A legitimidade do Presidente do Superior Tribunal Militar, apontada como autoridade coatora, ficou sobejamente demonstrada pelos atos que lhe foram atribuídos, encontrando respaldo nas disposições ínsitas no art. 124, parágrafo único, da Constituição Federal, c/c o art. 21, inciso VI, da Lei Complementar n. 35/1979, art. 1º da Lei n. 12.016/2009, art. 6º, inciso I, alínea “d”, da Lei n. 8.457/1992 e art. 4º, inciso I, alínea “c”, do Regimento Interno do STM. A Impetrante é portadora de deficiência auditiva unilateral, situação jurídica reconhecida em laudo médico e por Junta Médica constituída pela Comissão do Concurso. O enquadramento de pessoa portadora de deficiência com suporte no Decreto n. 3.298/1999 é adequado e há jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça acerca da desnecessidade de a deficiência auditiva ser bilateral, podendo ser, segundo as disposições normativas, apenas parcial (AgRg no REsp 1.150.154/DF, QUINTA TURMA; e RMS 20.865/ES, SEXTA TURMA). PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA REJEITADA. DECISÃO MAJORITÁRIA. SEGURANÇA CONCEDIDA. DECISÃO MAJORITÁRIA (MS n. 0000079-06.2011.7.00.0000, Rel. Min. Cleonilson Nicácio Silva, DJe 23/2/2012)

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO NÃO RECONHECIDO COMO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA EMBORA COMPROVADA A SUA DEFICIÊNCIA AUDITIVA UNILATERAL. PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA E DE NÃO CONHECIMENTO REJEITADAS, AMBAS FUNDADAS NA ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA. MATÉRIA DE DIREITO QUE NÃO COMPORTA DILAÇÃO PROBATÓRIA, CONFIGURANDO VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE, TENDO EM VISTA QUE A DEFICIÊNCIA AUDITIVA UNILATERAL ENQUADRA-SE NAS DISPOSIÇÕES DO DECRETO N. 3.298/1999. I - Rejeitam-se as preliminares de incompetência e de não conhecimento arguidas, respectivamente, pela autoridade apontada como coatora e pela União, na qualidade de Litisconsorte, bem assim pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, ambas fundadas na mesma tese, ou seja, na ilegitimidade da autoridade coatora para figurar no presente *mandamus*. A legitimidade do Presidente do Superior Tribunal Militar, como autoridade apontada como coatora, ficou sobejamente demonstrada pelos atos que lhe foram atribuídos, encontrando respaldo nas disposições ínsitas no art. 124, parágrafo único, da Constituição Federal, c/c o art. 21, inciso VI, da Lei Complementar n. 35/1979, art. 1º da Lei n. 12.016/2009, art. 6º, inciso I, alínea “d”, da Lei n. 8.457/1992 e art. 4º, inciso I, alínea “c”, do Regimento Interno do STM. II - O Impetrante é portador de deficiência auditiva unilateral, situação jurídica também reconhecida inclusive pela Junta Médica constituída pela Comissão do Concurso. III - No que diz respeito ao enquadramento de pessoa portadora de deficiência com suporte no Decreto n. 3.298/1999, é firme a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça acerca da desnecessidade de a deficiência auditiva ser bilateral, podendo ser, segundo as disposições normativas, apenas parcial (AgRg no REsp 1.150.154/DF, QUINTA TURMA; e RMS 20.865/ES, SEXTA TURMA). Preliminar de não conhecimento rejeitada. Decisão unânime. Preliminar de incompetência

rejeitada. Decisão majoritária. Segurança concedida. Decisão majoritária (MS n. 0000071-29.2011.7.00.0000, Rel. Min. José Coêlho Ferreira, DJe 27/10/2011)

7. Nessa ordem de idéias, peço vênua à divergência para acompanhar o voto do eminente Ministro Relator, concedendo a segurança.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se, em brevíssima síntese, de saber se a pessoa com surdez unilateral ostenta condição de deficiente físico em concurso público para provimento de vagas e formação de cadastro de reserva no cargo de analista judiciário do quadro de pessoal do Superior Tribunal de Justiça.

A polêmica decorre do fato de a nova redação do art. 4º, inciso II, do Decreto n. 3.298/1999, dada pelo Decreto n. 5.296/2004, definir a deficiência auditiva como “*perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz*” (não há grifos no original).

A favor da tese da requerente, concedendo a ordem, votaram os Ministros Castro Meira, relator, Arnaldo Esteves, Luis Felipe Salomão e Laurita Vaz; contra, votaram os Ministros Humberto Martins, Sidnei Benetti, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques.

Da mesma forma como ressaltado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, também sou ferrenho defensor da jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal de Justiça. Considero essa a melhor maneira de atribuir segurança às relações jurídicas e de nortear as decisões das instâncias ordinárias.

No entanto, se ocorrerem alterações legislativas a respeito das matérias cuja jurisprudência se firmou em determinado sentido, é indispensável que volvamos os olhos para o novo texto legal e, sempre que necessário, façamos também a adaptação das nossas decisões.

Acredito ser essa a hipótese que ora se examina.

Com efeito, entendo que a nova redação dada ao art. 4º, inciso II, do Decreto n. 3.289/1999 pelo Decreto n. 5.296/2004 teve, sim, o propósito de imprimir nova definição ao conceito de deficiência auditiva para os fins previstos na legislação protetiva das pessoas com deficiência.

Basta verificar que o novo texto legal só considera deficiente auditivo aquele que tenha perda de quarenta e um decibéis ou mais, deixando fora da classificação as pessoas com surdez leve (de 25 a 40 decibéis) arroladas no texto anterior.

É evidente que a lei não alterou o fato de essas pessoas continuarem a ter a deficiência, mas alterou o direito que antes elas tinham em razão da deficiência.

O mesmo ocorre quando o dispositivo atual, de forma expressa, passa a exigir para a obtenção da proteção legal que a perda auditiva seja bilateral, tornando claro, portanto, aquilo que no texto anterior só se alcançou por meio da interpretação dos tribunais. Não consigo admitir outro entendimento, a menos que se declare a inconstitucionalidade da norma.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do AgReg em Mandado de Segurança n. 29.910-DF, sendo relator o Ministro Gilmar Mendes, cujo acórdão foi publicado em 1.8.2011, foi taxativo em afirmar que “o Decreto 3.298/99, que regulamenta a Lei 7.853/1989, ao dispor sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, qualificou como deficiência auditiva a *perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz*”. Logo, por si só, a perda auditiva unilateral não é condição apta a qualificar o candidato a concorrer às vagas destinadas aos portadores de deficiência”.

Considero legítimo que as autoridades incumbidas de estabelecer as políticas públicas de inclusão possam, eventualmente, tendo em vista as novas tecnologias e avanços da medicina ou outros fatores sócio-econômicos, alterar determinados critérios definidores do conceito de deficiência para fins de proteção legal, até mesmo para tornar viável e eficaz a implementação dessas políticas.

Bem por isso, estou de pleno acordo com o Ministro Herman Benjamin quando Sua Excelência sugere que a lei brasileira pretende, de fato, proteger os mais vulneráveis entre os vulneráveis, sob pena de ficarem os primeiros em desvantagem cada vez maior.

Com essas considerações, peço vênias ao eminente relator e aos demais ministros que o acompanharam para seguir a divergência e *denegar a ordem*.

É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: Sra. Ministra Presidente, também entendo que a ampliação do conceito de deficiência prejudica os mais vulneráveis, como disse o nobre Sr. Ministro Herman Benjamim.

Por isso, denego a ordem no mandado de segurança, acompanhando a divergência, com a vênia do eminente Relator e dos ilustres Ministros que o acompanharam.



Súmula n. 553

SÚMULA N. 553

Nos casos de empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica, é competente a Justiça estadual para o julgamento de demanda proposta exclusivamente contra a Eletrobrás. Requerida a intervenção da União no feito após a prolação de sentença pelo juízo estadual, os autos devem ser remetidos ao Tribunal Regional Federal competente para o julgamento da apelação se deferida a intervenção.

Referências:

CPC, arts. 50 e 543-C.

Lei n. 9.469/1997, art. 5º, *caput* e parágrafo único.

Precedentes:

- (*)REsp 1.111.159-RJ (1ª S, 11.11.2009 – DJe 19.11.2009) – acórdão publicado na íntegra**
- (*)EDcl no REsp 1.111.159-RJ (1ª S, 24.03.2010 – DJe 09.04.2010) – acórdão publicado na íntegra**

EDcl no		
AgRg no CC	89.783-RS	(1ª S, 09.06.2010 – DJe 18.06.2010)
AgRg no REsp	1.090.784-DF	(1ª T, 11.04.2013 – DJe 19.04.2013)
AgRg no Ag	1.291.829-MG	(2ª T, 05.08.2010 – DJe 17.08.2010)
REsp	1.207.261-RS	(2ª T, 21.10.2010 – DJe 05.11.2010)
AgRg no Ag	1.357.673-RS	(2ª T, 22.02.2011 – DJe 04.03.2011)
REsp	1.205.884-RS	(2ª T, 26.04.2011 – DJe 10.05.2011)
REsp	1.232.990-RS	(2ª T, 26.04.2011 – DJe 10.05.2011)
AgRg nos		
EDcl no REsp	1.195.727-RJ	(2ª T, 23.04.2013 – DJe 02.05.2013)

(*) Recursos repetitivos.

Primeira Seção, em 9.12.2015

DJe 15.12.2015

RECURSO ESPECIAL N. 1.111.159-RJ (2009/0014741-3)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Recorrente: Açoforja Indústria de Forjados S/A

Advogado: Vladimir Mucury Cardoso e outro(s)

Recorrido: Centrais Elétricas Brasileiras S/A ELETROBRÁS

Advogado: Carlos Eduardo de Oliveira da Silva

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. VÍCIOS NÃO CONFIGURADOS. DISCUSSÃO RELATIVA AO EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE O CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO PROPOSTA APENAS CONTRA A ELETROBRÁS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. PEDIDO DE INTERVENÇÃO NO FEITO FORMULADO PELA UNIÃO APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA. ART. 5º, DA LEI 9.469/97 E 50, DO CPC. DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA PARA O TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL PARA APRECIÇÃO DO PEDIDO DE INTERVENÇÃO E JULGAMENTO DOS RECURSOS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. Demanda envolvendo questões referentes ao empréstimo compulsório sobre energia elétrica proposta unicamente contra a Eletrobrás, perante a justiça estadual. Na hipótese, a União requereu o ingresso no feito, com fundamento nos artigos 5º, da Lei 9.469/97 e 50, do CPC, após a prolação da sentença pela justiça estadual.

2. No que se refere à competência para dirimir questões referentes ao empréstimo compulsório sobre energia elétrica, a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido que a competência da justiça federal é definida em razão das partes litigantes e não da matéria em discussão, de sorte que, sendo a demanda proposta unicamente em desfavor da

Eletrobrás, a competência para sua apreciação é da justiça estadual, ao passo que, ingressando a União no feito, a competência passa a ser da justiça federal, por força do que determina o artigo 109, inciso I, da Constituição Federal.

3. O pedido de intervenção da União realizado após a prolação da sentença enseja tão somente o deslocamento do processo para o Tribunal Regional Federal, para que examine o requerimento de ingresso na lide e prossiga (se for o caso) seu julgamento, sem a automática anulação da sentença proferida pelo juízo estadual.

4. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

5. Recurso especial parcialmente provido, para determinar a manutenção da sentença de primeiro grau e a remessa dos autos para o competente TRF, a fim de que se proceda à apreciação do pedido de intervenção da União e, se aceito, se realize o julgamento das apelações.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Luiz Fux, Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Eliana Calmon e Herman Benjamin.

Brasília (DF), 11 de novembro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 19.11.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Cuida-se de recurso especial interposto por Açoforja Indústria de Forjados S/A, com fundamento nas alíneas

“a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O acórdão julgador da apelação foi assim ementado (fl. 1.050):

Ação Ordinária, ajuizada por Açoforja Indústria de Forjados S/A. em face de Centrais Elétricas Brasileiras SIA. visando recebimento de diferenças relativas ao cômputo da correção monetária no pagamento do empréstimo compulsório instituído pela União Federal, através da Lei 4.152/62, em favor da Eletrobrás. Intervenção da União Federal no feito, como assistente, alegando que tem interesse jurídico em que o deslinde da causa seja favorável a Eletrobrás, alegando que esta quando recebeu empréstimo compulsório da empresa autora, agiu em nome da União Federal, por delegação. Indiscutível a competência da Justiça Federal, à luz do disposto no art. 50 do CPC, art. 5º, *caput* e parágrafo único da Lei 9.469/97 e art. 109, I da Constituição Federal. Precedentes do STJ no sentido de que quando a Eletrobrás recebeu empréstimo compulsório, o fez na qualidade de delegada da União Federal, sendo competente para apreciar e julgar as causas em que a União tiver interesse, que é o caso dos autos, a Justiça Federal. Por isso, ANULA-SE A SENTENÇA E DECLINA-SE DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL EM FAVOR DA JUSTIÇA FEDERAL.

Por seu turno, o acórdão que, por determinação do STJ, apreciou os embargos declaratórios foi sintetizado pela ementa a seguir transcrita (fl. 1.207):

Embargos de Declaração. Ação de procedimento comum e rito ordinário versando sobre o recebimento de diferenças relativas ao cômputo da correção monetária no empréstimo compulsório instituído em favor da Eletrobrás, através da Lei 4.152/62. Acórdão atacado por Recurso Especial. Parcial provimento ao Agravo Interno, sendo determinado o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que haja manifestação a respeito dos pontos ventilados nos Embargos de Declaração ofertados por Açoforja Indústria de Forjados S/A. Alegação de omissão a respeito da tese de que o assistente assume o processo no estado em que se encontra e de que não houve intimação para manifestação sobre o pedido de intervenção da União Federal. Manifestação expressa da União Federal quanto ao seu interesse no feito, culminando pela declaração de nulidade da sentença com a remessa dos autos a Justiça Federal, competente para apreciar e decidir a causa. Assistência que será decidida pela Justiça Federal. Intimação da parte contrária que se mostra desnecessária, haja vista que a declaração de incompetência da Justiça Estadual teve por base preceito constitucional (art. 109, I da CF). Ademais, a autora acompanhou todos os atos processuais, manifestando-se inclusive sobre o pedido da União Federal (fls. 1.013/1.018). Diante de tudo o que foi exposto, NEGA-SE PROVIMENTO AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

Em suas razões, a recorrente alega, inicialmente, ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil, ao argumento de que o acórdão recorrido foi omissivo e contraditório.

Aponta ainda violação ao artigo 50, parágrafo único, do CPC, bem como ao artigo 5º, da Lei 9.469/97.

Sustenta que, tendo a União manifestado seu interesse na lide apenas após a prolação da sentença e a interposição dos recursos de apelação, não podia o acórdão recorrido anular a sentença proferida pela justiça estadual, já que o juízo prolator, à época, era competente para apreciar o feito.

Destaca que o artigo 5º da Lei 9.469/97 não colide com a regra do CPC, tanto que “prevê, em caso de intervenção da União, o deslocamento de competência, não a incompetência retroativa da justiça comum” (fl. 1.225).

Alega ainda que a União se limitou a manifestar seu interesse, sem demonstrá-lo efetivamente, o que, inclusive, impediria o deslocamento da competência para a justiça federal, tendo em vista a necessidade de justificativa da intervenção da União no feito, ainda que baseada na Lei 9.769/97.

Por fim, aponta divergência entre o entendimento do Tribunal de origem e a jurisprudência desta Corte, apontando como paradigma o Recurso Especial n. 547.781-RJ, de relatoria do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, publicado no DJ do dia 30.08.2004, no qual se decidiu que a justiça estadual é competente para apreciação de demandas em que se discute o empréstimo compulsório sobre energia elétrica, mas a União não é demandada.

Requer o provimento do recurso especial para que não se desloque a competência para julgamento do feito para a justiça federal, uma vez que o interesse da União, ainda que fundamentado no artigo 5º da Lei 9.469/97, não houve comprovação de tal interesse.

Alternativamente, requer, caso se entenda pelo deslocamento da competência, requer seja restabelecida a sentença, revogando-se sua anulação pelo Tribunal de origem, em razão da intervenção da União ter sido realizada em momento posterior à sua prolação.

Contrarrazões às fls. 1.305-1.313.

Às fls. 1.316-1.319, o recurso especial foi admitido como representativo de controvérsia pelo Tribunal de origem.

Em face da distribuição dos autos à minha relatoria, confirmei a submissão do tema ao regime dos denominados “recursos repetitivos”, bem como a

afetação da demanda à Primeira Seção do STJ, nos termos da Resolução/STJ n. 8/2008 (fl. 1.323).

Às fls. 1.327-1.332, o Ministério Público, por meio de parecer da lavra do ilustre Subprocurador-geral da República Flávio Giron, opinou pelo provimento do recurso especial, no sentido de manter-se a sentença de primeiro grau e determinar-se a remessa dos autos ao TRF para que se proceda à apreciação do pedido de intervenção da União e, se aceito, ao julgamento das apelações.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso especial.

Inicialmente, não assiste razão à recorrente quanto à alegação de contrariedade ao artigo 535 do CPC, porquanto o Tribunal *a quo* decidiu a controvérsia de acordo com a matéria posta nos autos, ainda que de forma contrária à pretensão da ora recorrente, não incorrendo, pois, em omissão.

É pacífico o entendimento desta Corte segundo o qual o órgão julgador não está obrigado a se manifestar exaustivamente sobre todos os artigos de lei apontados pela parte, desde que, como ocorreu na espécie, tenha decidido a questão de forma clara e fundamentada.

Nesse sentido, à guisa de exemplo, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AJUDA DE CUSTO PARA DESLOCAMENTO NOTURNO. INCIDÊNCIA. NATUREZA SALARIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. [...] 8. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 9. Recurso especial desprovido (REsp 753.552/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18/9/2007, DJ 22/10/2007 p. 19).

Quanto ao mais, nos termos relatados, a controvérsia dos autos reside na discussão a respeito da necessidade ou não de anulação da sentença proferida pela justiça estadual, nas demandas em que se discute o empréstimo compulsório

sobre energia elétrica, propostas apenas em face da Eletrobrás, nas quais a União requer sua intervenção apenas após a prolação da sentença.

Na hipótese vertente, o feito no qual se debatem questões referentes ao empréstimo compulsório sobre energia elétrica foi ajuizado apenas contra as Centrais Elétricas Brasileiras - Eletrobrás, perante a justiça do estado do Rio de Janeiro, que, em 21 de julho de 2005, proferiu sentença julgando parcialmente procedente o pedido (fls. 836-840).

Apenas após a prolação da mencionada sentença, a União, com fundamento no artigo 50 do CPC e no artigo 5º da Lei 9.469/97, requereu seu ingresso no feito, bem como a remessa dos autos à justiça federal, nos termos da Súmula 150/STJ (fls. 860-862).

Ao apreciar o mencionado pedido, o Tribunal *a quo* reconheceu a competência da justiça federal para apreciar o feito, anulando a sentença proferida pelo juízo singular, por força do pedido de ingresso da União na demanda.

Feito o necessário retrospecto, para melhor delimitar a controvérsia, examina-se o mérito recursal.

No que se refere à competência para dirimir questões referentes ao empréstimo compulsório sobre energia elétrica, a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido que a competência da justiça federal é definida em razão das partes litigantes e não da matéria em discussão.

Dessa forma, em se tratando de feitos nos quais se discutem questões acerca do empréstimo compulsório sobre energia elétrica:

(i) sendo a demanda proposta unicamente em desfavor da Eletrobrás, a competência para sua apreciação é da justiça estadual; e

(ii) ingressando a União no feito, mediante demonstração de legítimo interesse, a competência passa a ser da justiça federal, por força do que determina o artigo 109, inciso I, da Constituição Federal.

A esse respeito, colaciono os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE DEBÊNTURES CONTRA A ELETROBRÁS. INTERESSE JURÍDICO DA UNIÃO AFASTADO PELO JUÍZO FEDERAL. SÚMULA 150/STJ. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 517 E 556 DO STF. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO-PROVIDO.

1. Agravo regimental contra decisão que declarou a competência da Justiça estadual para processar ação ordinária ajuizada em desfavor da Eletrobrás, pela qual se objetiva a restituição de debêntures mediante conversão em ação preferenciais.

2. A competência da Justiça Federal é fixada em razão da pessoa, sendo que “compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União suas autarquias ou empresas públicas” (Súmula 150/STJ).

3. Hipótese em que, embora a União tenha manifestado interesse de participar no processo na condição de assistente da Eletrobrás, motivando, inclusive, a remessa dos autos da Justiça estadual para a Justiça Federal, esta declarou a inexistência de interesse do ente público a justificar a sua presença na demanda, indispensável à incidência do art. 109, I, da Constituição Federal.

4. Não compete ao STJ decidir sobre a legitimidade das partes em sede de conflito de competência. Precedentes.

5. Agravo regimental não-provido (AgRg no AgRg no CC 92.409/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/02/2009, DJe 05/03/2009).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE A JUSTIÇA ESTADUAL E FEDERAL. CORREÇÃO MONETÁRIA PARA RESGATE DE EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL.

1. A demanda movida em face da Eletrobrás visando recebimento de consectários do empréstimo compulsório instituído sobre energia elétrica encerra, em princípio, demanda de natureza cível, endereçada contra Pessoa Jurídica de Direito Privado corporificada em Sociedade de Economia Mista sem a prerrogativa do juízo privilegiado extensiva à União concedente.

2. A Primeira Seção, assentou que a competência da Justiça Federal, é definida *ratione personae*, sendo irrelevante a natureza da controvérsia posta à apreciação.

3. Deveras, o fato de a União ser considerada solidariamente responsável pela devolução na forma da Lei n. 4.156/62, enseja a que a demanda também seja proposta contra ela, *ab origine*, ou que a mesma seja chamada ao processo na forma do art. 77 do CPC, o que, deslocaria a competência para a Justiça Federal.

4. Entretanto, elegendo o autor apenas um dos devedores solidários para a demanda o qual não goza de prerrogativa de juízo, torna-se imutável a competência *ratione personae*.

5. Outrossim, a possibilidade de escolha de um dos devedores solidários afasta a figura do litisconsórcio compulsório ou necessário por notória antinomia ontológica, porquanto, o que é facultativo não pode ser obrigatório.

6. Nada obstante, a parte para exigir na execução a responsabilidade patrimonial da União deve fazê-la integrar o processo antecedente de conhecimento, o que incorreu, *in casu*.

7. Consectariamente, não há deslocamento de competência por interesse em potência da União, senão quando a mesma integra a relação processual como autora, ré, assistente, ou terceiro interveniente, consoante, aliás, restou sumulado pelo STF, nos verbetes n. 517 e 556 (Súmula 517 do STF: “As sociedades de economia mista só têm foro na Justiça Federal quando a União intervém como assistente ou oponente.”; Súmula 556 do STF: “É competente a Justiça comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista.”)

8. Ademais, na forma do verbete sumular n. 60, do extinto TRF “Compete à Justiça Federal decidir da admissibilidade de mandado de segurança impetrado contra atos de dirigentes de pessoas privadas, ao argumento de estarem agindo por delegação do poder público federal.”. A Sociedade de Economia Mista que age por delegação só goza de foro privilegiado quando atua com *ius imperii* coibido por mandado de segurança, na forma do art. 109, da Constituição Federal.

9. Precedentes: REsp 763.605/MG; Rel. Min. LUIZ FUX; DJ 07.08.2006; CC 83.401/SP; DJ 29.08.2007; AgRg no CC 52.525/RS; DJ 04.06.2007; CC 45.856/RS; DJ 27.03.2006.

10. Agravo regimental desprovido (AgRg no CC 83.169/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/03/2008, DJe 31/03/2008).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DEBÊNTURES. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO AJUIZADA CONTRA A ELETROBRÁS. AUSÊNCIA DOS ENTES ELENCADOS NO ART. 109, I, DA CF. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. O Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que a competência da Justiça Federal, prevista no art. 109, I, da Constituição Federal, é fixada, em regra, em razão da pessoa (competência *ratione personae*), levando-se em conta não a natureza da lide, mas, sim, a identidade das partes na relação processual.

2. Hipótese em que a ação foi ajuizada por consumidor tão-somente contra a Eletrobrás. Muito embora se discuta a cobrança de valores relativos ao Empréstimo Compulsório sobre energia elétrica, não se verifica a presença de ente federal na lide, razão pela qual não há como afastar a competência da Justiça Estadual para processar e julgar a demanda.

3. Consoante a Súmula 150 do STJ, “compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas.”

4. Conheceu-se do conflito para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível do Foro Regional de Sarandi – Porto Alegre/RS, suscitado.

5. Agravo Regimental não provido (AgRg no CC 92.312/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/11/2008, DJe 05/03/2009).

No caso concreto, verifica-se que houve manifestação da União no sentido de ingressar no feito na qualidade de assistente da Eletrobrás, motivo pelo qual não restam dúvidas acerca da necessidade de deslocamento do feito para a justiça federal, para que seja analisado o próprio pedido de intervenção da União.

É o que se extrai da Súmula 150/STJ, cujo teor transcrevo, *verbis*: “Compete à justiça federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas”.

Destaco que a hipótese vertente traz a peculiaridade de o pedido de intervenção da União foi ter sido efetuado apenas após a prolação da sentença, motivo pelo qual o juízo de origem entendeu pela necessidade de anulação de tal ato decisório, ao determinar a remessa dos autos à justiça federal.

Entretanto, quanto ao tema, na esteira do que já foi exposto, a jurisprudência dessa Corte se pacificou no sentido de que o pedido de intervenção da União do feito realizado após a prolação da sentença enseja tão somente o deslocamento do processo para o Tribunal Regional Federal, para que examine o requerimento de ingresso na lide e prossiga (se for o caso) seu julgamento, sem a automática anulação da sentença proferida pelo juízo estadual.

Isso porque, à época da da prolação da sentença, a justiça estadual, efetivamente, era competente para a apreciação da demanda, em razão da não participação da União no feito.

Dessa forma, ingressando a União no feito, na qualidade de assistente, após a prolação da sentença, o que ocorre não é a declaração da incompetência absoluta da justiça estadual, mas o deslocamento da competência para a justiça federal, não sendo necessária a anulação dos atos decisórios praticados pelo juízo anteriormente competente.

A esse respeito, confirmam-se os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE INTERVENÇÃO DA UNIÃO APÓS O JULGAMENTO EM 1º GRAU DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. APELAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TRF.

1. Tendo a União requerido a intervenção na demanda somente após o julgamento de primeiro grau da Justiça Estadual, compete ao Tribunal Regional Federal a apreciação do respectivo pedido, bem assim, se aceito, o julgamento das apelações interpostas.

2. Recurso especial provido (REsp 1041279/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/08/2008, DJe 27/08/2008).

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO DE VALORES RELATIVOS AO EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE O CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO PROPOSTA CONTRA A CELPE E A ELETROBRÁS. PEDIDO DE INTERVENÇÃO NO FEITO FORMULADO PELA UNIÃO, COM FUNDAMENTO NO ART. 5º, *CAPUT* E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 9.469/97. ART. 109, I, DA CF. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Demanda na qual se discute a possibilidade de compensação de valores relativos ao empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica, proposta somente contra a COMPANHIA ENERGÉTICA DE PERNAMBUCO - CELPE - e as CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S/A - ELETROBRÁS -, não havendo, inicialmente, a presença de nenhum dos entes elencados no art. 109, I, da Constituição Federal, que atrairiam a competência da Justiça Federal.

2. A União responde solidariamente pelo valor nominal dos títulos relativos ao empréstimo compulsório, nos termos do art. 4º, § 3º, da Lei 4.156/62. A parte autora, no entanto, pode eleger apenas um dos devedores solidários para figurar no pólo passivo da demanda. No caso, elegeu a CELPE e a ELETROBRÁS, situação em que a Justiça Estadual seria competente para a apreciação da causa.

3. Hipótese, no entanto, em que a União, com fundamento no art. 5º, *caput* e parágrafo único, da Lei 9.469/97, manifestou expressamente o seu interesse na demanda, requerendo a sua intervenção no feito e o conseqüente deslocamento da competência para a Justiça Federal.

4. Diante desse contexto, não restava nenhuma outra alternativa ao magistrado de primeiro grau de jurisdição senão deferir o pedido de intervenção formulado pela União, integrando-a à lide, com a conseqüente remessa dos autos à Justiça Federal.

5. Recurso especial provido, para determinar a inclusão da União na lide, na condição de assistente da ELETROBRÁS, conforme requerido, declarando-se competente, em conseqüência, a Justiça Federal para apreciar a demanda.

(REsp 1.052.625/PE, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 10/09/2008)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – PROCESSO CIVIL – EXECUÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA PELA JUSTIÇA ESTADUAL – ART. 575, II, DO CPC – INTERVENÇÃO DA UNIÃO NO FEITO – DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA FEDERAL.

1. Estatui o art. 575, II, do CPC que a competência para conhecer de execução fundada em título judicial é do Juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição.

2. Todavia, depreende-se que a intervenção da União no feito executivo, como sucessora processual da extinta RFFSA (Rede Ferroviária Federal S/A), enseja o deslocamento da competência para a Justiça Federal (art. 109, I, da Constituição da República).

3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 3ª Vara e Juizado Especial Previdenciário de Santo Ângelo - SJ/RS, o suscitante (CC 54.762/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/03/2007, DJ 09/04/2007 p. 219)

Processo Civil. Competência. Agravo em conflito negativo. Ação proposta e sentença proferida no âmbito da Justiça Comum Estadual. Cessão de direitos. Caixa Econômica Federal. Recurso de apelação. Justiça Federal.

- A cessão de direitos à Caixa Econômica Federal, com a sua conseqüente intervenção após a prolação da sentença e antes do julgamento do recurso de apelação, desloca a competência para a Justiça Federal, que, se admitir a intervenção, poderá julgar o mérito do recurso, conforme o entendimento firmado na 2ª Seção do STJ.

Agravo no conflito de competência não provido (AgRg no CC 38.531/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/12/2003, DJ 15/03/2004 p. 148).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INTERVENÇÃO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL APÓS O JULGAMENTO EM 1º GRAU DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. APELAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TRF.

1. Intervindo no feito a Caixa Econômica Federal, empresa pública federal, após o julgamento de primeiro grau da justiça comum estadual, compete ao Tribunal Regional Federal o respectivo julgamento da apelação interposta.

2. Conflito conhecido, declarado competente o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o suscitante (CC 38.790/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/08/2003, DJ 10/11/2003 p. 149).

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao recurso especial, para determinar a manutenção da sentença de primeiro grau e a remessa dos autos para o competente TRF, a fim de que se proceda à apreciação do pedido de intervenção da União e, se aceito, se realize o julgamento das apelações.

É como voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL N. 1.111.159-RJ (2009/0014741-3)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Embargante: Açoforja Indústria de Forjados S/A

Advogado: Vladimir Mucury Cardoso e outro(s)

Embargado: Centrais Elétricas Brasileiras S/A ELETROBRÁS

Advogado: Carlos Eduardo de Oliveira da Silva

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. DISCUSSÃO RELATIVA AO EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE O CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO PROPOSTA APENAS CONTRA A ELETROBRÁS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. PEDIDO DE INTERVENÇÃO NO FEITO FORMULADO PELA UNIÃO APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA. ART. 5º, DA LEI 9.469/97 E 50, DO CPC. DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA PARA O TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL PARA APRECIÇÃO DO PEDIDO DE INTERVENÇÃO E JULGAMENTO DOS RECURSOS. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA INTERNA DO STJ. OMISSÃO RECONHECIDA.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padecer de omissão, contradição ou obscuridade nos ditames do art. 535, I e II, do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material.

2. A parte embargante aduz que não houve manifestação acerca da competência interna para julgamento do apelo especial, que deveria ter sido apreciado pela Corte Especial, na medida em que trata de matéria de cunho eminentemente processual e, portanto, de interesse de todos os órgãos fracionários do STJ. Aponta ainda omissão quanto aos efeitos da intervenção especial do art. 5º da Lei n. 9.469/97, no que se refere à competência, bem como contradição por força da

aplicação da Súmula n.º 150 do STJ, apesar de se tratar de pedido de intervenção baseado apenas em interesse econômico.

3. No caso dos autos, a controvérsia apreciada não é afeta a todos os órgãos fracionários do STJ, uma vez que discute a necessidade de deslocamento da competência da justiça estadual para a justiça federal *tão somente nas hipóteses de demandas que tratam de questões referentes ao empréstimo compulsório sobre energia elétrica, nas quais a União manifeste interesse*. Dessa forma, verifica-se que a discussão aparentemente de índole processual está estritamente ligada à questão de fundo tratada nos autos (empréstimo compulsório sobre energia elétrica), motivo pelo qual cabe à Primeira Seção do STJ sua apreciação, consoante dispõe o inciso IX, do § 1º do artigo 9º do Regimento Interno da Corte.

4. No que tange aos demais vícios apontados, o acórdão embargado externou entendimento de que, nos termos da jurisprudência dessa Corte, a realização de pedido de intervenção feito pela União nas demandas referentes ao empréstimo compulsório sobre energia elétrica, após a prolação da sentença enseja apenas *o deslocamento* do processo para o Tribunal Regional Federal, de sorte que é esta a esfera competente para o exame a respeito da existência, ou não, de interesse que justifique tal intervenção. Daí porque se manteve a sentença proferida pelo juízo estadual em momento anterior ao pedido de ingresso da União no feito. Da mesma forma, não há como se reconhecer a alegada contradição uma vez que não se discute nesses autos se há ou não interesse jurídico da União no feito, mas tão somente se se a apreciação de tal questão é de competência da justiça federal.

5. Verifica-se que, nesses pontos, a pretensão da embargante é meramente infringente, sendo incabível nesta sede, ante à finalidade estritamente integrativa dos embargos declaratórios.

6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por

unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Luiz Fux, Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda.

Brasília (DF), 24 de março de 2010 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 9.4.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de embargos declaratórios opostos por Açoforja indústria de forjados S/A contra acórdão da lavra da Primeira Seção que, sob o regime previsto no artigo 543-C do CPC, deu parcial provimento ao recurso especial. Eis a ementa do acórdão embargado (fl. 1.347):

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. VÍCIOS NÃO CONFIGURADOS. DISCUSSÃO RELATIVA AO EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE O CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO PROPOSTA APENAS CONTRA A ELETROBRÁS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. PEDIDO DE INTERVENÇÃO NO FEITO FORMULADO PELA UNIÃO APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA. ART. 5º, DA LEI 9.469/97 E 50, DO CPC. DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA PARA O TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL PARA APRECIACÃO DO PEDIDO DE INTERVENÇÃO E JULGAMENTO DOS RECURSOS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. Demanda envolvendo questões referentes ao empréstimo compulsório sobre energia elétrica proposta unicamente contra a Eletrobrás, perante a justiça estadual. Na hipótese, a União requereu o ingresso no feito, com fundamento nos artigos 5º, da Lei 9.469/97 e 50, do CPC, após a prolação da sentença pela justiça estadual.

2. No que se refere à competência para dirimir questões referentes ao empréstimo compulsório sobre energia elétrica, a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido que a competência da justiça federal é definida em razão das partes litigantes e não da matéria em discussão, de sorte que, sendo a demanda proposta unicamente em desfavor da Eletrobrás, a competência para sua apreciação é da justiça estadual, ao passo que, ingressando a União no feito, a competência passa a ser da justiça federal, por força do que determina o artigo 109, inciso I, da Constituição Federal.

3. O pedido de intervenção da União realizado após a prolação da sentença enseja tão somente o deslocamento do processo para o Tribunal Regional Federal, para que examine o requerimento de ingresso na lide e prossiga (se for o caso) seu julgamento, sem a automática anulação da sentença proferida pelo juízo estadual.

4. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

5. Recurso especial parcialmente provido, para determinar a manutenção da sentença de primeiro grau e a remessa dos autos para o competente TRF, a fim de que se proceda à apreciação do pedido de intervenção da União e, se aceito, se realize o julgamento das apelações.

Em suas razões, a embargante sustenta, primeiramente, que o acórdão embargado foi omisso quanto à competência para julgamento do apelo especial. Argumenta que, por se tratar de matéria de cunho eminentemente processual e, portanto, interessar a todos os órgãos julgadores desta Corte, a competência para o julgamento do recurso especial seria da Corte Especial.

Afirma que tal questão, no entanto, deixou de ser abordada pelo acórdão embargado, motivo pelo qual se justifica a oposição dos declaratórios. Requer o acolhimento dos declaratórios, para que seja anulado o julgamento e remetidos os autos para apreciação da Corte Especial.

A embargante aponta ainda omissão quanto “aos efeitos da intervenção especial do art. 5º da Lei n. 9.469/97, no que se refere à competência” (fl. 1.368), argumentando que, segundo a jurisprudência do STJ, a intervenção especial não desloca a competência para o julgamento da causa, motivo pelo qual requer o acolhimento dos declaratórios com efeitos modificativos para que não seja o feito deslocado para a justiça federal e continue tramitando perante a justiça estadual.

Afirma também ser o acórdão embargado contraditório, na medida em que “aplica à hipótese dos autos a Súmula n. 150 do STJ, que, por sua vez refere-se a ‘interesse jurídico’, ao passo que o interesse da União no feito não é jurídico - mas meramente econômico, já que se fundamenta no referido art. 5º da Lei 9.469/97 [...]” (fl. 1.360).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Como cediço, os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de omissão,

contradição ou obscuridade nos ditames do art. 535, I e II, do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material, vícios esses inexistentes na espécie.

Não obstante, a fim de dirimir quaisquer dúvidas sobre o que foi efetivamente decidido pelo colegiado e prevenir o manejo de novos aclaratórios, passo a tecer as seguintes considerações.

Conforme relatado, o embargante sustenta que o acórdão impugnado está eivado de omissões e contradições.

Nesse sentido, aduz que não houve manifestação acerca da competência interna para julgamento do apelo especial, que deveria ter sido apreciado pela Corte Especial, na medida em que trata de matéria de cunho eminentemente processual e, portanto, de interesse de todos os órgãos fracionários do STJ.

Efetivamente, de acordo com o artigo 2º da Resolução n. 8/STJ, de 7 de agosto de 2008, tratando o recurso especial de matéria cuja competência seja de mais de uma Seção desta Corte, seu julgamento deve ser submetido à Corte Especial. Tal deslocamento da competência ocorre, mormente, por uma questão de política judiciária, no intuito de facilitar a uniformização dos entendimentos diversos eventualmente existentes sobre questões que interessam a todas as esferas de julgamento desta Corte.

Ocorre que, no caso dos autos, a controvérsia apreciada não é afeta a todos os órgãos fracionários do STJ, uma vez que discute a necessidade de deslocamento da competência da justiça estadual para a justiça federal *tão somente nas hipóteses de demandas que tratam de questões referentes ao empréstimo compulsório sobre energia elétrica, nas quais a União manifeste interesse.*

Nesse sentido, verifica-se que a discussão aparentemente de índole processual está estritamente ligada à questão de fundo tratada nos autos (empréstimo compulsório sobre energia elétrica), motivo pelo qual cabe à Primeira Seção do STJ sua apreciação, consoante dispõe o inciso IX, do § 1º do artigo 9º do Regimento Interno da Corte.

Ademais, justifica-se a manutenção da competência para julgamento da demanda no âmbito da Primeira Seção, também por uma questão de política judiciária, mormente por ser este órgão fracionário grande conhecedor do mérito da demanda, já tendo julgado milhares de processos envolvendo discussões acerca do empréstimo compulsório sobre energia elétrica, e inclusive uniformizado inúmeras questões controvertidas, também sob o pálio das determinações do artigo 543-C do CPC.

Dessa forma, nada mais lógico que a manutenção do julgamento da presente demanda, cuja discussão processual está intrinsecamente ligada às questões meritórias acerca do empréstimo compulsório sobre energia elétrica, na esfera de competência da Primeira Seção.

No mais, afirma a embargante que o acórdão impugnado é também omissivo quanto “aos efeitos da intervenção especial do art. 5º da Lei n. 9.469/97, no que se refere à competência” (fl. 1.368), argumentando que, segundo a jurisprudência do STJ, a intervenção especial não desloca a competência para o julgamento da causa, motivo pelo qual entende que o feito não deve ser deslocado para a justiça federal, mas sim continuar tramitando perante a justiça estadual.

Afirma também ser o acórdão embargado contraditório, na medida em que “aplica à hipótese dos autos a Súmula n. 150 do STJ, que, por sua vez refere-se a ‘interesse jurídico’, ao passo que o interesse da União no feito não é jurídico - mas meramente econômico, já que se fundamenta no referido art. 5º da Lei 9.469/97 [...]” (fl. 1.360).

Entretanto, quanto a estes aspectos, o acórdão embargado foi claro ao decidir que (fls. 1.340-1.344):

Quanto ao mais, nos termos relatados, a controvérsia dos autos reside na discussão a respeito da *necessidade ou não de anulação da sentença proferida pela justiça estadual, nas demandas em que se discute o empréstimo compulsório sobre energia elétrica, propostas apenas em face da Eletrobrás, nas quais a União requer sua intervenção apenas após a prolação da sentença.*

Na hipótese vertente, o feito no qual se debatem questões referentes ao empréstimo compulsório sobre energia elétrica foi ajuizado apenas contra as Centrais Elétricas Brasileiras - Eletrobrás, perante a justiça do estado do Rio de Janeiro, que, em 21 de julho de 2005, proferiu sentença julgando parcialmente procedente o pedido (fls. 836-840).

Apenas após a prolação da mencionada sentença, a União, com fundamento no artigo 50 do CPC e no artigo 5º da Lei 9.469/97, requereu seu ingresso no feito, bem como a remessa dos autos à justiça federal, nos termos da Súmula 150/STJ (fls. 860-862).

Ao apreciar o mencionado pedido, o Tribunal *a quo* reconheceu a competência da justiça federal para apreciar o feito, anulando a sentença proferida pelo juízo singular, por força do pedido de ingresso da União na demanda.

Feito o necessário retrospecto, para melhor delimitar a controvérsia, examina-se o mérito recursal.

No que se refere à competência para dirimir questões referentes ao empréstimo compulsório sobre energia elétrica, a jurisprudência desta Corte se

firmou no sentido que a competência da justiça federal é definida em razão das partes litigantes e não da matéria em discussão.

Dessa forma, em se tratando de feitos nos quais se discutem questões acerca do empréstimo compulsório sobre energia elétrica:

(i) sendo a demanda proposta unicamente em desfavor da Eletrobrás, a competência para sua apreciação é da justiça estadual; e

(ii) ingressando a União no feito, mediante demonstração de legítimo interesse, a competência passa a ser da justiça federal, por força do que determina o artigo 109, inciso I, da Constituição Federal.

[...]

No caso concreto, verifica-se que houve manifestação da União no sentido de ingressar no feito na qualidade de assistente da Eletrobrás, motivo pelo qual não restam dúvidas acerca da necessidade de deslocamento do feito para a justiça federal, para que seja analisado o próprio pedido de intervenção da União.

É o que se extrai da Súmula 150/STJ, cujo teor transcrevo, *verbis*: “Compete à justiça federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas”.

Destaco que a hipótese vertente traz a peculiaridade de o pedido de intervenção da União foi ter sido efetuado apenas após a prolação da sentença, motivo pelo qual o juízo de origem entendeu pela necessidade de anulação de tal ato decisório, ao determinar a remessa dos autos à justiça federal.

Entretanto, quanto ao tema, na esteira do que já foi exposto, a jurisprudência dessa Corte se pacificou no sentido de que o pedido de intervenção da União do feito realizado após a prolação da sentença enseja tão somente o deslocamento do processo para o Tribunal Regional Federal, para que examine o requerimento de ingresso na lide e prossiga (se for o caso) seu julgamento, sem a automática anulação da sentença proferida pelo juízo estadual.

Isso porque, à época da da prolação da sentença, a justiça estadual, efetivamente, era competente para a apreciação da demanda, em razão da não participação da União no feito.

Dessa forma, ingressando a União no feito, na qualidade de assistente, após a prolação da sentença, o que ocorre não é a declaração da incompetência absoluta da justiça estadual, mas o deslocamento da competência para a justiça federal, não sendo necessária a anulação dos atos decisórios praticados pelo juízo anteriormente competente.

[...]

Dessa forma, não se configuram os vícios apontados pela embargante, porquanto o acórdão embargado externou entendimento de que, nos termos

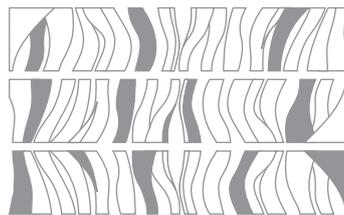
da jurisprudência dessa Corte, a realização de pedido de intervenção feito pela União após a prolação da sentença enseja apenas *o deslocamento* do processo para o Tribunal Regional Federal, de sorte que é esta a esfera competente para o exame a respeito da existência ou não de interesse que justifique tal intervenção. Daí porque se manteve a sentença proferida pelo juízo estadual em momento anterior ao pedido de ingresso da União no feito.

Da mesma forma, não há como se reconhecer a alegada contradição uma vez que não se discute nesses autos se há ou não interesse jurídico da União no feito, mas tão somente se decidiu que a apreciação de tal questão é de competência da justiça federal.

Constata-se, portanto, que a insurgência do embargante, quanto a estes pontos, não diz respeito a eventual vício de integração do acórdão impugnado, mas à interpretação que lhe foi desfavorável, motivação essa que não se enquadra nas hipóteses de cabimento dos aclaratórios.

Ante o exposto, *rejeito* os embargos de declaração.

É como voto.



Súmula n. 554

SÚMULA N. 554

Na hipótese de sucessão empresarial, a responsabilidade da sucessora abrange não apenas os tributos devidos pela sucedida, mas também as multas moratórias ou punitivas referentes a fatos geradores ocorridos até a data da sucessão.

Referências:

CPC, art. 543-C.

CTN, arts. 113, § 1º, 129, 132, 133 e 139.

Precedentes:

(*)REsp	923.012-MG	(1ª S, 09.06.2010 – DJe 24.06.2010) – acórdão publicado na íntegra
(*)EDcl no REsp	923.012-MG	(1ª S, 10.04.2013 – DJe 24.04.2013)
REsp	544.265-CE	(1ª T, 16.11.2004 – DJ 21.02.2005)
REsp	745.007-SP	(1ª T, 19.05.2005 – DJ 27.06.2005)
REsp	554.377-SC	(1ª T, 04.10.2005 – DJ 19.12.2005)
REsp	1.085.071-SP	(1ª T, 21.05.2009 – DJe 08.06.2009)
REsp	959.389-RS	(2ª T, 07.05.2009 – DJe 21.05.2009)
AgRg no REsp	1.056.302-SC	(2ª T, 23.04.2009 – DJe 13.05.2009)
REsp	1.220.651-GO	(2ª T, 05.04.2011 – DJe 29.04.2011)
AgRg no REsp	1.321.958-RS	(2ª T, 04.10.2012 – DJe 16.10.2012)

(*) Recursos repetitivos.

Primeira Seção, em 9.12.2015

DJe 15.12.2015

RECURSO ESPECIAL N. 923.012-MG (2007/0031498-0)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Companhia Muller de Bebidas

Advogado: Fernando Loeser e outro(s)

Recorrido: Estado de Minas Gerais

Procurador: Maurício Bhering Andrade e outro(s)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. RESPONSABILIDADE POR INFRAÇÃO. SUCESSÃO DE EMPRESAS. ICMS. BASE DE CÁLCULO. VALOR DA OPERAÇÃO MERCANTIL. INCLUSÃO DE MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO. DESCONTOS INCONDICIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. LC N. 87/96. MATÉRIA DECIDIDA PELA 1ª SEÇÃO, NO RESP 1.111.156/SP, SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC.

1. A responsabilidade tributária do sucessor abrange, além dos tributos devidos pelo sucedido, as multas moratórias ou punitivas, que, por representarem dívida de valor, acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor, desde que seu fato gerador tenha ocorrido até a data da sucessão. (Precedentes: REsp 1.085.071/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 08/06/2009; REsp 959.389/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2009, DJe 21/05/2009; AgRg no REsp 1.056.302/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 13/05/2009; REsp 3.097/RS, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/10/1990, DJ 19/11/1990)

2. "(...) *A hipótese de **sucessão empresarial** (fusão, cisão, incorporação), assim como nos casos de aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento comercial e, principalmente, nas configurações de sucessão por transformação*

do tipo societário (sociedade anônima transformando-se em sociedade por cotas de responsabilidade limitada, v.g.), em verdade, não encarta sucessão real, mas apenas legal. O sujeito passivo é a pessoa jurídica que continua total ou parcialmente a existir juridicamente sob outra “roupagem institucional”. Portanto, a multa fiscal não se transfere, simplesmente continua a integrar o passivo da empresa que é: a) fusionada; b) incorporada; c) dividida pela cisão; d) adquirida; e) transformada. (Sacha Calmon Navarro Coêlho, in Curso de Direito Tributário Brasileiro, Ed. Forense, 9ª ed., p. 701)

3. A base de cálculo possível do ICMS nas operações mercantis, à luz do texto constitucional, é o valor da operação mercantil efetivamente realizada ou, consoante o artigo 13, inciso I, da Lei Complementar n. 87/96, “o valor de que decorrer a saída da mercadoria”.

4. Desta sorte, afigura-se incontestado que o ICMS descaracteriza-se acaso integrarem sua base de cálculo elementos estranhos à operação mercantil realizada, como, por exemplo, o valor intrínseco dos bens entregues por fabricante à empresa atacadista, a título de bonificação, ou seja, sem a efetiva cobrança de um preço sobre os mesmos.

5. A Primeira Seção deste Tribunal Superior pacificou o entendimento acerca da matéria, por ocasião do julgamento do REsp 1.111.156/SP, sob o regime do art. 543-C, do CPC, cujo acórdão restou assim ementado:

TRIBUTÁRIO – ICMS – MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO – ESPÉCIE DE DESCONTO INCONDICIONAL – INEXISTÊNCIA DE OPERAÇÃO MERCANTIL – ART. 13 DA LC 87/96 – NÃO-INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO.

1. A matéria controvertida, examinada sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, restringe-se tão-somente à incidência do ICMS nas operações que envolvem mercadorias dadas em bonificação ou com descontos incondicionais; não envolve incidência de IPI ou operação realizada pela sistemática da substituição tributária.

2. A bonificação é uma modalidade de desconto que consiste na entrega de uma maior quantidade de produto vendido em vez de conceder uma redução do valor da venda. Dessa forma, o provador das mercadorias é beneficiado com a redução do preço médio de cada produto, mas sem que isso implique redução do preço do negócio.

3. A literalidade do art. 13 da Lei Complementar n. 87/96 é suficiente para concluir que a base de cálculo do ICMS nas operações mercantis é aquela efetivamente realizada, não se incluindo os “descontos concedidos incondicionais”.

4. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que o valor das mercadorias dadas a título de bonificação não integra a base de cálculo do ICMS.

5. Precedentes: AgRg no REsp 1.073.076/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25.11.2008, DJe 17.12.2008; AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 935.462/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 8.5.2008; REsp 975.373/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15.5.2008, DJe 16.6.2008; EDcl no REsp 1.085.542/SP, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 24.3.2009, DJe 29.4.2009.

Recurso especial provido para reconhecer a não-incidência do ICMS sobre as vendas realizadas em bonificação. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça. (REsp 1.111.156/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2009, DJe 22/10/2009)

6. Não obstante, restou consignada, na instância ordinária, a ausência de comprovação acerca da incondicionalidade dos descontos, consoante dessume-se do seguinte excerto do voto condutor do aresto recorrido.

7. Destarte, infirmar a decisão recorrida implica o revolvimento fático-probatório dos autos, inviável em sede de recurso especial, em face do Enunciado Sumular 07 do STJ.

8. A ausência de provas acerca da incondicionalidade dos descontos concedidos pela empresa recorrente prejudica a análise da controvérsia sob o enfoque da alínea “b” do permissivo constitucional.

9. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de junho de 2010 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJe 24.6.2010

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto por COMPANHIA MULLER DE BEBIDAS, sucessora por incorporação de Indústrias Müller de Bebidas Ltda., com fulcro nas alíneas “a”, “b” e “c”, do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo TJ/MG, assim ementado:

Apelação. Ação ordinária. Pretensão de não incluir na base de cálculo do ICMS os valores dados em bonificação. Não comprovado que as bonificações foram incondicionais, devem ser incluídos os respectivos valores na base de cálculo. Impõe-se à sucessora a obrigação de pagar as multas impostas à antecessora. Ação improcedente. Sentença mantida.

Noticiam os autos que Companhia Müller de Bebidas Ltda ajuizou ação, com pedido de antecipação de tutela, objetivando o reconhecimento do direito de não ter que incluir, na base de cálculo do ICMS, as bonificações concedidas a seus clientes, visto que não compõem o real valor da operação mercantil. Alternativamente, pleiteou a declaração de inexistência de relação jurídica que a obrigue a pagar a multa relativa ao não recolhimento do ICMS sobre operações relativas à circulação econômica de mercadorias. Por fim, quanto à suposta impropriedade da multa, sustentou que a interpretação dada ao art. 132, do CNT, pela Autora, fere a sistemática do Código, que, em seu art. 129, prevê que os sucessores são responsáveis, também, pelos créditos tributários oriundos de obrigações surgidas em data anterior aos atos da incorporação.

O Juízo monocrático julgou improcedente o pedido formulado na inicial, ao fundamento de que a legislação estadual, no tocante à inclusão de descontos concedidos sob condição na base de cálculo do imposto, nada teria de inconstitucional, bem assim que ao Autor incumbia a prova quanto ao fato constitutivo do seu direito, qual seja, prova de que as bonificações concedidas seriam incondicionais, o que não foi feito. No que tange à impossibilidade de cobrança da multa sucessora, entendeu que a interpretação dada pela Autora não estaria correta, sendo que a melhor doutrina tem entendido que a sucessora

tem responsabilidade por todas as obrigações referentes ao período anterior à sucessão por incorporação.

O Tribunal estadual, nos termos da ementa retrotranscrita, negou provimento às apelações.

Foram opostos embargos declaratórios, que restaram rejeitados.

Nas razões recursais, alegou-se violação dos arts. 12 e 13 da LC 87/96, porquanto os valores não recebidos efetivamente pela recorrente, como são os descontos incondicionais, não podem integrar a base de cálculo do tributo, porquanto não correspondem ao preço praticado na operação mercantil. Nesse ponto, mostra-se ilegal a legislação estadual que prevê contrariamente ao disposto na LC 87/96, havendo conflito entre as referidas leis. Outrossim, alegou que o Tribunal não atentou para as provas produzidas nos autos quanto ao fato de que as bonificações concedidas não se subordinam a qualquer evento futuro ou incerto. Aventou dissídio jurisprudencial com arestos deste Tribunal Superior. Alternativamente, postulou pela exclusão das multas punitivas aplicadas à empresa incorporada, porquanto a empresa sucessora apenas deve responder pelos tributos da sucedida, consoante precedentes jurisprudenciais trazidos à colação para fundamentar o dissídio alegado.

Não foram apresentadas contra-razões ao apelo, que recebeu crivo negativo de admissibilidade na instância de origem, subindo a esta Corte por força do provimento do agravo de instrumento.

Parecer do Ministério Público às fls. 1.029/1.036, opinando pelo parcial conhecimento e desprovimento do recurso, nos seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 543-C, DO CPC. RESOLUÇÃO Nº 08/2008-STJ. TRIBUTÁRIO. EMPRESA SUCESSORA. RESPONSABILIDADE PELOS TRIBUTOS DEVIDOS PELA SUCEDIDA. EXTENSÃO ÀS MULTAS. OBRIGAÇÕES QUE INTEGRAM O PASSIVO ARTS. 132 E 133 DO CTN. PELO PARCIAL CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): O presente recurso versa dois pontos basilares, quais sejam: a) a impossibilidade de os valores dados a título de bonificação integrarem a base de cálculo do ICMS devido pela empresa e; b) a

questão da sucessão da empresa extinta e a transmissão de obrigações e haveres tributários à empresa que a incorporou.

Preliminarmente, a primeira questão não pode ser conhecida, em face do Enunciado Sumular 07 do STJ, senão vejamos.

A Primeira Seção deste Tribunal Superior pacificou o entendimento acerca da matéria, por ocasião do julgamento do REsp 1.111.156/SP, sob o regime do art. 543-C, do CPC, cujo acórdão restou assim ementado:

TRIBUTÁRIO – ICMS – MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO – ESPÉCIE DE DESCONTO INCONDICIONAL – INEXISTÊNCIA DE OPERAÇÃO MERCANTIL – ART. 13 DA LC 87/96 – NÃO-INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO.

1. A matéria controvertida, examinada sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, restringe-se tão-somente à incidência do ICMS nas operações que envolvem mercadorias dadas em bonificação ou com descontos incondicionais; não envolve incidência de IPI ou operação realizada pela sistemática da substituição tributária.

2. A bonificação é uma modalidade de desconto que consiste na entrega de uma maior quantidade de produto vendido em vez de conceder uma redução do valor da venda. Dessa forma, o provador das mercadorias é beneficiado com a redução do preço médio de cada produto, mas sem que isso implique redução do preço do negócio.

3. A literalidade do art. 13 da Lei Complementar n. 87/96 é suficiente para concluir que a base de cálculo do ICMS nas operações mercantis é aquela efetivamente realizada, não se incluindo os “descontos concedidos incondicionais”.

4. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que o valor das mercadorias dadas a título de bonificação não integra a base de cálculo do ICMS.

5. Precedentes: AgRg no REsp 1.073.076/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25.11.2008, DJe 17.12.2008; AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 935.462/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 8.5.2008; REsp 975.373/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15.5.2008, DJe 16.6.2008; EDcl no REsp 1.085.542/SP, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 24.3.2009, DJe 29.4.2009.

Recurso especial provido para reconhecer a não-incidência do ICMS sobre as vendas realizadas em bonificação. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça.

(REsp 1.111.156/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2009, DJe 22/10/2009)

Não obstante, restou consignada, na instância ordinária, a ausência de comprovação acerca da incondicionalidade dos descontos, consoante dessume-se do seguinte excerto do voto condutor do aresto recorrido, *in verbis*:

“A Lei Complementar 87/96, apesar de não contemplar expressamente a bonificação concedida, engloba a mesma na expressão “descontos concedidos sob condição”, como se observa no art. 13, § 1º, II, “a”.

*De acordo com a lei, portanto, **somente as bonificações incondicionais estão livres de integrar a base de cálculo do imposto.** Ocorre, entretanto, que **não se pode afirmar com certeza que as bonificações concedidas pela empresa Apelante foram dadas de forma incondicional, ou seja, sem vinculação a qualquer tipo de condição. Nada na documentação trazida pela Apelante, efetivamente, demonstra o suposto caráter de incondicionalidade destes benefícios.***

O ônus de comprovar o alegado - ou seja, de demonstrar que as bonificações de que se trata foram concedidas de forma incondicional - era da empresa Apelante, a teor do artigo 333 do CPC, que obriga à comprovação, pelo Autor, do fato constitutivo de seu direito. Além disso, é seguro dizer que a praxe comercial no Brasil é a concessão de benefícios condicionados, e não incondicionais. Quase sempre, as bonificações ficam atreladas ao alcance de metas de compras e/ou vendas predeterminadas, não se podendo afirmar, destarte, que, à falta de demonstração satisfatória do alegado caráter de incondicionalidade, este poderia ser presumido, para que a pretensão da Apelante lograsse sucesso.”

Destarte, infirmar a decisão recorrida implica o revolvimento fático-probatório dos autos, inviável em sede de recurso especial, em face do Enunciado Sumular 07 do STJ.

Com efeito, a ausência de provas acerca da incondicionalidade dos descontos concedidos pela empresa recorrente prejudica a análise da controvérsia sob o enfoque da alínea “b” do permissivo constitucional.

No tocante ao segundo ponto suscitado, qual seja, a responsabilidade da sucessora- empresa incorporadora - pela multa aplicada à empresa incorporada, impõe-se o conhecimento do recurso, ante o preenchimento dos requisitos de admissibilidade recursal.

Deveras, a questão não é nova nesta Corte Superior, consoante dessume-se dos seguintes precedentes:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL EM EMBARGOS À EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SUCESSOR EMPRESARIAL POR INFRAÇÕES DO SUCEDIDO. ARTIGO 133 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. PRECEDENTES.

1. *Em interpretação ao disposto no art. 133 do CTN, o STJ tem entendido que a responsabilidade tributária dos sucessores estende-se às multas impostas ao sucedido, sejam de natureza moratória ou punitiva, pois integram o patrimônio jurídico-material da sociedade empresarial sucedida.*

2. *“Os arts. 132 e 133, do CTN, impõem ao sucessor a responsabilidade integral, tanto pelos eventuais tributos devidos quanto pela multa decorrente, seja ela de caráter moratório ou punitivo. A multa aplicada antes da sucessão se incorpora ao patrimônio do contribuinte, podendo ser exigida do sucessor, sendo que, em qualquer hipótese, o sucedido permanece como responsável. É devida, pois, a multa, sem se fazer distinção se é de caráter moratório ou punitivo; é ela imposição decorrente do não-pagamento do tributo na época do vencimento” (REsp n. 592.007/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 22/3/2004).*

2. *Recurso especial provido.*

(REsp 1.085.071/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 08/06/2009)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ARTIGO 159 DO CC DE 1916. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. MULTA TRIBUTÁRIA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. SUCESSÃO EMPRESARIAL. OBRIGAÇÃO ANTERIOR E LANÇAMENTO POSTERIOR. RESPONSABILIDADE DA SOCIEDADE SUCESSORA.

1. *Não se conhece do recurso especial se a matéria suscitada não foi objeto de análise pelo Tribunal de origem, em virtude da falta do requisito do prequestionamento. Súmulas 282 e 356/STF.*

2. *A responsabilidade tributária não está limitada aos tributos devidos pelos sucedidos, mas abrange as multas, moratórias ou de outra espécie, que, por representarem penalidade pecuniária, acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor.*

3. *Segundo dispõe o artigo 113, § 3º, do CTN, o descumprimento de obrigação acessória faz surgir, imediatamente, nova obrigação consistente no pagamento da multa tributária. A responsabilidade do sucessor abrange, nos termos do artigo 129 do CTN, os créditos definitivamente constituídos, em curso de constituição ou “constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data”, que é o caso dos autos.*

4. *Recurso especial conhecido em parte e não provido.*

(REsp 959.389/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2009, DJe 21/05/2009)

EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282 DO STF. SUCESSÃO DE EMPRESAS RECONHECIDA PELA CORTE A QUO. REEXAME. SÚMULA 7 DO STJ. MULTA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA SUCESSORA.

(...)

3. Quanto à multa, tem-se que os encargos incidentes sobre o tributo (multa, juros, etc.) integram o passivo patrimonial da empresa sucedida, razão pela qual por eles responde a sucessora. Precedente: (REsp 1.017.186/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/03/2008, DJe 27/03/2008)

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1056302/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 13/05/2009)

TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SUCESSÃO. AQUISIÇÃO DE FUNDO DE COMÉRCIO OU DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. ART. 133 CTN. TRANSFERÊNCIA DE MULTA.

1. A responsabilidade tributária dos sucessores de pessoa natural ou jurídica (CTN, art. 133) estende-se às multas devidas pelo sucedido, sejam elas de caráter moratório ou punitivo. Precedentes.

2. Recurso especial provido.

(REsp 544.265/CE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/11/2004, DJ 21/02/2005 p. 110)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA INCORPORADORA. SUCESSÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SUCESSOR. MULTA. ARTS. 132 E 133 DO CTN. PRECEDENTES.

(...)

3. Os arts. 132 e 133 do CTN impõem ao sucessor a responsabilidade integral, tanto pelos eventuais tributos devidos quanto pela multa decorrente, seja ela de caráter moratório ou punitivo. A multa aplicada antes da sucessão se incorpora ao patrimônio do contribuinte, podendo ser exigida do sucessor, sendo que, em qualquer hipótese, o sucedido permanece como responsável. É devida, pois, a multa, sem se fazer distinção se é de caráter moratório ou punitivo; é ela imposição decorrente do não-pagamento do tributo na época do vencimento.

4. Na expressão "créditos tributários" estão incluídas as multas moratórias. A empresa, quando chamada na qualidade de sucessora tributária, é responsável pelo tributo declarado pela sucedida e não pago no vencimento, incluindo-se o valor da multa moratória.

5. Precedentes das 1ª e 2ª Turmas desta Corte Superior e do colendo STF.

6. Recurso especial provido.

(REsp 745.007/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/05/2005, DJ 27/06/2005 p. 299)

EXECUÇÃO FISCAL - MULTA MORATORIA - RESPONSABILIDADE DO SUCESSOR. O SUCESSOR TRIBUTARIO E RESPONSÁVEL PELA MULTA MORATORIA, APLICADA ANTES DA SUCESSÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

(REsp 3.097/RS, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/10/1990, DJ 19/11/1990 p. 13.245)

Com efeito, não é outra a conclusão que desponta de uma interpretação conjunta dos dispositivos legais pertinentes, sitos na Seção II, do Código Tributário Nacional, que versa a Responsabilidade dos Sucessores, *in verbis*:

“Art. 129. O disposto nesta Seção aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data.”

“Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.”

“Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.”

Deveras, conquanto os arts. 132 e 133 do CTN refram-se tão-somente aos tributos devidos pelos sucedidos, se interpretados tais dispositivos conjuntamente com o art. 129, chega-se à conclusão de que a regra naqueles inculpada aplica-se também aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição.

Nesse segmento, tem-se que os “créditos tributários” mencionados no aludido art. 129, na ótica do legislador, compreendem não apenas aqueles decorrentes de tributos, mas também os oriundos de penalidades pecuniárias, consoante dessume-se do art. 113, § 1º, do *Codex* Tributário, *litteris*:

“Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorrente da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.”

Nesse sentido, Sacha Calmon Navarro leciona que, *in verbis*:

“(…) Na hipótese de **sucessão empresarial** (fusão, cisão, incorporação), assim como nos casos de aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento comercial e, principalmente, nas configurações de sucessão por transformação do tipo societário (sociedade anônima transformando-se em sociedade por cotas de responsabilidade limitada, v.g.), entendemos que não há cogitar do assunto. Nas hipóteses ora versadas, em verdade, inexiste sucessão real, mas apenas legal. O sujeito passivo é a pessoa jurídica que continua total ou parcialmente a existir juridicamente sob outra “roupagem institucional”. Portanto, a multa fiscal não se transfere, simplesmente continua a integrar o passivo da empresa que é: a) fusionada; b) incorporada; c) dividida pela cisão; d) adquirida; e) transformada. Assim, se o crédito correspondente à multa fiscal já está constituído, formalizado, à data da sucessão, o “sucessor” - um sub-rogado nos débitos e créditos (ativo e passivo) das sociedades adquiridas, divididas, incorporadas, fusionadas ou transformadas - naturalmente absorve o passivo fiscal existente, inclusive as multas. Aqui comparece ainda uma razão de política fiscal. Se as multas não fossem transferíveis em casos que tais, seria muito fácil apagar multas pelo simples subterfúgio da alteração do tipo societário. Num passe de mágica, pela utilização das “formas” de Direito societário, seriam elididas as sanções fiscais garantidoras do cumprimento dos deveres tributários, o principal e os instrumentais. Ora, o Direito Tributário, na espécie, encontra escora no axioma *societas distat a singulis*, preferindo-o ao “formalismo jurídico”. Importa-lhe mais conferir o ativo e o passivo da pessoa sucedida para verificar se entre as contas de débito existem multas fiscais passíveis de serem assumidas pelos “sucessores”. Torna-se imprescindível, todavia, fixar um ponto: **a multa transferível é só aquela que integra o passivo da pessoa jurídica no momento da sucessão empresarial ou está em discussão (suspensa).** Insistimos em que nossas razões são axiológicas. É dizer, fundam-se em valores que julgamos superiores aos do Fisco em tema de penalidades. Nada têm a ver com as teorias objetivistas ou subjetivistas do ilícito fiscal.

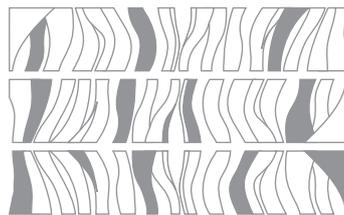
Não faz sentido apurar-se uma infração ocorrida no pretérito e imputá-la a uma pessoa jurídica formal e institucionalmente diversa da que praticou a infração

sob a direção de outras pessoas naturais. Essa regra só não deve prevalecer nas hipóteses de sucessão por alteração do tipo societário (aqui muda apenas a "roupa" societal). Afinal, para ocorrer a sucessão empresarial, os Fiscos são consultados, e são exigidas dezenas de certidões negativas." (in Curso de Direito Tributário Brasileiro, Ed. Forense, 9ª ed., p. 701)

Ex positis, NEGOU PROVIMENTO ao recurso especial.

Porquanto tratar-se de recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do art. 543-C do Código de Processo Civil, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros dessa Colenda Primeira Seção, aos Tribunais Regionais Federais, bem como aos Tribunais de Justiça dos Estados, com fins de cumprimento do disposto no parágrafo 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil (arts. 5º, II, e 6º, da Resolução 08/2008).

É o voto.



Súmula n. 555

SÚMULA N. 555

Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa.

Referências:

CPC, art. 543-C.

CTN, art. 173, I.

Precedentes:

(*)REsp	973.733-SC	(1ª S, 12.08.2009 – DJe 18.09.2009) – acórdão publicado na íntegra
AgRg nos EREsp	1.199.262-MG	(1ª S, 26.10.2011 – DJe 07.11.2011)
AgRg no REsp	1.074.191-MG	(1ª T, 02.03.2010 – DJe 16.03.2010)
AgRg no Ag	1.241.890-RS	(1ª T, 1º.09.2011 – DJe 09.09.2011)
AgRg no Ag	1.407.622-PR	(1ª T, 20.09.2011 – DJe 26.09.2011)
AgRg no REsp	1.235.573-RS	(1ª T, 22.11.2011 – DJe 06.12.2011)
AgRg no AREsp	102.378-PR	(1ª T, 18.09.2012 – DJe 24.09.2012)
AgRg no REsp	1.218.460-SC	(1ª T, 20.08.2013 – DJe 06.09.2013)
REsp	1.090.021-PE	(2ª T, 20.04.2010 – DJe 05.05.2010)
REsp	1.154.592-PR	(2ª T, 20.05.2010 – DJe 02.06.2010)
REsp	1.015.907-RS	(2ª T, 10.08.2010 – DJe 10.09.2010)
REsp	985.301-SC	(2ª T, 19.08.2010 – DJe 1º.09.2010)
AgRg no Ag	1.394.456-SC	(2ª T, 22.05.2012 – DJe 02.08.2012)
AgRg no REsp	1.277.854-PR	(2ª T, 12.06.2012 – DJe 18.06.2012)
AgRg no AREsp	20.880-PE	(2ª T, 02.10.2012 – DJe 10.10.2012)
REsp	1.344.130-AL	(2ª T, 18.10.2012 – DJe 05.11.2012)
AgRg no AREsp	246.013-SE	(2ª T, 07.03.2013 – DJe 14.03.2013)

AgRg no AREsp 260.213-PE (2ª T, 16.04.2013 – DJe 25.04.2013)
AgRg no AREsp 252.942-PE (2ª T, 06.06.2013 – DJe 12.06.2013)
AgRg no AREsp 296.623-SP (2ª T, 18.02.2014 – DJe 12.03.2014)
AgRg no REsp 1.486.511-PR (2ª T, 16.12.2014 – DJe 03.02.2015)
AgRg no AREsp 616.398-RS (2ª T, 03.02.2015 – DJe 09.02.2015)

(*) Recurso repetitivo.

Primeira Seção, em 9.12.2015

DJe 15.12.2015

RECURSO ESPECIAL N. 973.733-SC (2007/0176994-0)

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

Repr. por: Procuradoria-Geral Federal

Procurador: Marina Câmara Albuquerque e outro(s)

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procurador: Carlos Alberto Prestes e outro(s)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, DO CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: *REsp 766.050/PR*, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; *AgRg nos EREsp 216.758/SP*, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e *EREsp 276.142/SP*, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e

abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, “Decadência e Prescrição no Direito Tributário”, 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o “primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado” corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do *Codex Tributário*, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, “Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro”, 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, “Direito Tributário Brasileiro”, 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, “Decadência e Prescrição no Direito Tributário”, 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. *In casu*, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação *ex lege* de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos atos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.



ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas

taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Eliana Calmon e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de agosto de 2009 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

DJe 18.9.2009

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, com fulcro nas alíneas “a” e “c”, do permissivo constitucional, no intuito de ver reformado acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cuja ementa restou assim transcrita:

“EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. LEGITIMIDADE RECURSAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Consoante já decidiu esta Corte e o STJ, o advogado não tem legitimidade para recorrer no processo de conhecimento quanto aos honorários advocatícios. Assim, correta a interposição do recurso pela empresa embargante.

2. Corte já reconheceu a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91.

3. As normas dos artigos 150, § 4º e 173 do CTN não são de aplicação cumulativa ou concorrente.

4. Decorridos mais de cinco anos entre a data do fato gerador mais recente e a notificação fiscal, impõe-se o reconhecimento da decadência.

5. Honorários advocatícios majorados para 10% do valor atribuído à causa, em consonância com o disposto no art. 20, § 4º, do CPC e com os precedentes desta Turma.”

Noticiam os autos que o ESTADO DE SANTA CATARINA ofereceu embargos à execução fiscal intentada pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, que objetiva a cobrança de contribuições previdenciárias. Na inicial, o embargante, ora recorrido, aduziu a nulidade

da CDA (por ausência dos requisitos legais), o cerceamento de defesa (considerando que a notificação fiscal não apresentou os nomes dos servidores sobre cujas remunerações estão sendo exigidas as contribuições previdenciárias), bem como a decadência dos créditos executados.

Sobreveio sentença que julgou extinto o processo, por força do artigo 269, IV, do CPC, reconhecendo a decadência dos créditos executados. O Juízo Singular, afastando o prazo decadencial decenal previsto no artigo 45, da Lei 8.212/91, considerou cabível a aplicação do prazo quinquenal previsto no artigo 173, do CTN. Na oportunidade, restou assente que:

"Na hipótese dos autos, o fato gerador mais remoto ocorreu em janeiro de 1991 e o mais recente em dezembro de 1994, iniciando-se o prazo decadencial no primeiro dia do exercício seguinte, ou seja, em 01/01/1992 e 01/01/1995, respectivamente. Considerando que o lançamento se deu em 26/03/2001 e a inscrição foi efetuada em 03/09/2003, constato que se passaram mais de cinco anos dos fatos geradores compreendidos entre os anos de 1991 a 1994, configurando a decadência alegada."

Em sede de apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso do INSS e à remessa oficial e deu provimento ao recurso do Estado de Santa Catarina, nos termos da ementa anteriormente reproduzida.

Opostos embargos de declaração pelo INSS, acolhidos para determinar a juntada de cópia da argüição de inconstitucionalidade no AI n. 2000.04.01.092228-3, cuja ementa transcreve-se:

"ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - CAPUT DO ART. 45, DA LEI 8.212/91.

É inconstitucional o caput do artigo 45, da Lei n. 8.212/91 que prevê o prazo de 10 anos para que a Seguridade Social apure e constitua seus créditos, por invadir área reservada à lei complementar, vulnerando, dessa forma, o art. 146, III, b, da Constituição Federal."

Nas razões do especial, sustenta a autarquia previdenciária que o acórdão hostilizado incorreu em violação dos artigos 150, § 4º, e 173, I, do CTN, uma vez que:

"Nos termos do art. 150, § 4º, do CTN, o prazo para a homologação do lançamento é de 5 (cinco) anos. Assim, como o prazo para a constituição do crédito tributário se inicia no primeiro dia seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, o prazo de decadência, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, inexistente o pagamento, é de 10 (dez) anos, e não de 5 (cinco), como equivocadamente concluiu o Tribunal a quo."

Traz ainda aresto do STJ para confronto, no sentido de que:

“TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. ART. 150, § 4º E 173, I, AMBOS DO CTN.

1. No lançamento por homologação, o contribuinte, ou o responsável tributário, deve realizar o pagamento antecipado do tributo, antes de qualquer procedimento administrativo, ficando a extinção do crédito condicionada à futura homologação expressa ou tácita pela autoridade fiscal competente. Havendo pagamento antecipado, o fisco dispõe do prazo decadencial de cinco anos, a contar do fato gerador, para homologar o que foi pago ou lançar a diferença acaso existente (art. 150, § 4º do CTN).

2. Se não houve pagamento antecipado pelo contribuinte, não há o que homologar nem se pode falar em lançamento por homologação. Surge a figura do lançamento direto substitutivo, previsto no art. 149, V do CTN, cujo prazo decadencial rege-se pela regra geral do art. 173, I do CTN.

3. Com o encerramento do prazo para homologação (art. 150, § 4º do CTN), inicia-se a contagem do prazo previsto no art. 173, I do CTN. Inexistindo pagamento antecipado, conclui-se ter o Fisco o prazo de 10 anos, após a ocorrência do fato gerador, para constituir o crédito tributário.

4. Em síntese, o prazo decadencial para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário será: a) de cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado, se o tributo sujeitar-se a lançamento direto ou por declaração (regra geral do art. 173, I do CTN); b) de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador no caso de lançamento por homologação em que há pagamento antecipado pelo contribuinte (aplicação do art. 150, § 4º do CTN) e c) de dez anos a contar do fato gerador nos casos de lançamento por homologação sem que nenhum pagamento tenha sido realizado pelo sujeito passivo, oportunidade em que surgirá a figura do lançamento direto substitutivo do lançamento por homologação (aplicação cumulativa do art. 150, § 4º com o art. 173, I, ambos do CTN).

5. Precedentes da Primeira Seção e das duas Turmas de Direito Público.

6. Embargos de divergência providos.” (REsp 466.779/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 08.06.2005, DJ 01.08.2005)

Às fls. 174/190, consta recurso extraordinário interposto pelo INSS, admitido na origem.

O prazo para oferecimento de contra-razões ao recurso especial decorreu *in albis*.

O recurso especial recebeu crivo positivo de admissibilidade na instância ordinária.

Em 18.05.2009, o recurso especial foi submetido ao regime previsto no artigo 543-C, do CPC (recurso representativo de controvérsia), tendo sido afetado à Primeira Seção.

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do recurso especial ou, no mérito, pelo seu desprovimento, nos termos da seguinte ementa:

“Processual Civil e Tributário. Embargos à Execução Fiscal. Contribuição previdenciária. Recurso especial. Tributo sujeito a lançamento por homologação. Ausência de pagamento antecipado. Direito à constituição do crédito. Prazo decadencial. Quinquenal. Termo inicial. Primeiro dia do exercício financeiro seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Artigo 173, inciso I, do CTN. Precedentes do STJ. Parecer pelo não conhecimento do recurso ou, no mérito, pelo seu desprovimento.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, impõe-se o conhecimento do apelo, porquanto prequestionada a matéria federal ventilada.

A insurgência especial cinge-se à decadência do direito de o Fisco constituir o crédito tributário atinente à contribuições previdenciárias cujos fatos impositivos ocorreram no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994.

Deveras, a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, “Decadência e Prescrição no Direito Tributário”, 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, *verbis*:

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento."

Assim é que o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito.

No mesmo diapasão, destacam-se as ementas dos seguintes julgados oriundos da Primeira Seção:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ISS. ALEGADA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. VALIDADE DA CDA. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISS. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ENQUADRAMENTO DE ATIVIDADE NA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI N. 406/68. ANALOGIA. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FAZENDA PÚBLICA VENCIDA. FIXAÇÃO. OBSERVAÇÃO AOS LIMITES DO § 3º DO ART. 20 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. REDISSCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07 DO STJ. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INOCORRÊNCIA. ARTIGO 173, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN.

(...)

8. O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, assim estabelece em seu artigo 173:

"Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento."

9. A decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, quais sejam: (i) regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado; (ii) regra da decadência do direito de lançar nos casos em que notificado o contribuinte de medida preparatória do lançamento, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento de ofício ou de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que incoorre o pagamento antecipado; (iii) regra da decadência do direito de lançar nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em que há parcial pagamento da exação devida; (iv) regra da decadência do direito de lançar em que o pagamento antecipado se dá com fraude, dolo ou simulação, ocorrendo notificação do contribuinte acerca de medida preparatória; e (v) regra da decadência do direito de lançar perante anulação do lançamento anterior (In: Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, págs. 163/210).

10. Nada obstante, as aludidas regras decadenciais apresentam prazo quinquenal com dies a quo diversos.

11. Assim, conta-se do “do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado” (artigo 173, I, do CTN), o prazo quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício), quando não prevê a lei o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incoorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, bem como inexistindo notificação de qualquer medida preparatória por parte do Fisco. No particular, cumpre enfatizar que “o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado” corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, sendo inadmissível a aplicação cumulativa dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do CTN, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a fim de configurar desarrazoado prazo decadencial decenal.

12. Por seu turno, nos casos em que inexistente dever de pagamento antecipado (tributos sujeitos a lançamento de ofício) ou quando, existindo a aludida obrigação (tributos sujeitos a lançamento por homologação), há omissão do contribuinte na antecipação do pagamento, desde que incoorrentes quaisquer ilícitos (fraude, dolo ou simulação), tendo sido, contudo, notificado de medida preparatória indispensável ao lançamento, fluindo o termo inicial do prazo decadencial da aludida notificação (artigo 173, parágrafo único, do CTN), independentemente de ter sido a mesma realizada antes ou depois de iniciado o prazo do inciso I, do artigo 173, do CTN.

13. Por outro lado, a decadência do direito de lançar do Fisco, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido

em fraude, dolo ou simulação, nem sido notificado pelo Fisco de quaisquer medidas preparatórias, obedece a regra prevista na primeira parte do § 4º, do artigo 150, do Codex Tributário, segundo o qual, se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador: "Neste caso, concorre a contagem do prazo para o Fisco homologar expressamente o pagamento antecipado, concomitantemente, com o prazo para o Fisco, no caso de não homologação, empreender o correspondente lançamento tributário. Sendo assim, no termo final desse período, consolidam-se simultaneamente a homologação tácita, a perda do direito de homologar expressamente e, conseqüentemente, a impossibilidade jurídica de lançar de ofício" (In Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, pág. 170).

14. *A notificação do ilícito tributário, medida indispensável para justificar a realização do ulterior lançamento, afigura-se como dies a quo do prazo decadencial quinquenal, em havendo pagamento antecipado efetuado com fraude, dolo ou simulação, regra que configura ampliação do lapso decadencial, in casu, reiniciado.*

Entrementes, "transcorridos cinco anos sem que a autoridade administrativa se pronuncie, produzindo a indigitada notificação formalizadora do ilícito, operar-se-á ao mesmo tempo a decadência do direito de lançar de ofício, a decadência do direito de constituir juridicamente o dolo, fraude ou simulação para os efeitos do art. 173, parágrafo único, do CTN e a extinção do crédito tributário em razão da homologação tácita do pagamento antecipado" (Eurico Marcos Diniz de Santi, in obra citada, pág. 171).

15. *Por fim, o artigo 173, II, do CTN, cuida da regra de decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário quando sobrevém decisão definitiva, judicial ou administrativa, que anula o lançamento anteriormente efetuado, em virtude da verificação de vício formal. Neste caso, o marco decadencial inicia-se da data em que se tornar definitiva a aludida decisão anulatória.*

16. *In casu: (a) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (b) a obrigação ex lege de pagamento antecipado do ISSQN pelo contribuinte não restou adimplida, no que concerne aos fatos geradores ocorridos no período de dezembro de 1993 a outubro de 1998, consoante apurado pela Fazenda Pública Municipal em sede de procedimento administrativo fiscal; (c) a notificação do sujeito passivo da lavratura do Termo de Início da Ação Fiscal, medida preparatória indispensável ao lançamento direto substitutivo, deu-se em 27.11.1998; (d) a instituição financeira não efetuou o recolhimento por considerar intributáveis, pelo ISSQN, as atividades apontadas pelo Fisco; e (e) a constituição do crédito tributário pertinente ocorreu em 01.09.1999.*

17. *Desta sorte, a regra decadencial aplicável ao caso concreto é a prevista no artigo 173, parágrafo único, do Codex Tributário, contando-se o prazo da data da notificação de medida preparatória indispensável ao lançamento, o que sucedeu em 27.11.1998 (antes do transcurso de cinco anos da ocorrência dos fatos impositivos apurados), donde se deduz a higidez dos créditos tributários constituídos em 01.09.1999.*

18. *Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido.* (REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008)

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. TERMO INICIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 173, I, E 150, § 4º, DO CTN.

1. *O prazo decadencial para efetuar o lançamento do tributo é, em regra, o do art. 173, I, do CTN, segundo o qual “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.*

2. *Todavia, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação — que, segundo o art. 150 do CTN, “ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa” e “opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa” -, há regra específica. Relativamente a eles, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. Precedentes jurisprudenciais.*

3. *No caso concreto, o débito é referente à contribuição previdenciária, tributo sujeito a lançamento por homologação, e não houve qualquer antecipação de pagamento. É aplicável, portanto, conforme a orientação acima indicada, a regra do art. 173, I, do CTN.*

4. *Agravo regimental a que se dá parcial provimento.* (AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006)

“TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. TERMO INICIAL.

1. *O crédito tributário constitui-se, definitivamente, em cinco anos, porquanto mesmo que o contribuinte exerça o pagamento antecipado ou a declaração de débito, a Fazenda dispõe de um quinquênio para o lançamento, que pode se iniciar, sponte sua, na forma do art. 173, I, mas que de toda sorte deve estar ultimado no quinquênio do art. 150, § 4º.*

2. *A partir do referido momento, inicia-se o prazo prescricional de cinco anos para a exigibilidade em juízo da exação, implicando na tese uniforme dos cinco anos, acrescidos de mais cinco anos, a regular a decadência na constituição do crédito tributário e a prescrição quanto à sua exigibilidade judicial.*

3. *Inexiste, assim, antinomia entre as normas do art. 173 e 150, § 4º do Código Tributário Nacional.*

4. Deveras, é assente na doutrina:

“a aplicação concorrente dos artigos 150, § 4º e 173, o que conduz a adicionar o prazo do artigo 173 - cinco anos a contar do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido praticado - com o prazo do artigo 150, § 4º - que define o prazo em que o lançamento poderia ter sido praticado como de cinco anos contados da data da ocorrência do fato gerador. Desta adição resulta que o dies a quo do prazo do artigo 173 é, nesta interpretação, o primeiro dia do exercício seguinte ao do dies ad quem do prazo do artigo 150, § 4º.

A solução é deplorável do ponto de vista dos direitos do cidadão porque mais que duplica o prazo decadencial de cinco anos, arraigado na tradição jurídica brasileira como o limite tolerável da insegurança jurídica.

Ela é também juridicamente insustentável, pois as normas dos artigos 150, § 4º e 173 não são de aplicação cumulativa ou concorrente, antes são reciprocamente excludentes, tendo em vista a diversidade dos pressupostos da respectiva aplicação: o art. 150, § 4º aplica-se exclusivamente aos tributos ‘cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa’; o art. 173, ao revés, aplica-se aos tributos em que o lançamento, em princípio, antecede o pagamento.

(...)

*A ilogicidade da tese jurisprudencial no sentido da aplicação concorrente dos artigos 150, § 4º e 173 resulta ainda evidente da circunstância de o § 4º do art. 150 determinar que considera-se ‘definitivamente extinto o crédito’ no término do prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador. Qual seria pois o sentido de acrescer a este prazo um novo prazo de decadência do direito de lançar quando o lançamento já não poderá ser efetuado em razão de já se encontrar ‘definitivamente extinto o crédito’? Verificada a morte do crédito no final do primeiro quinquênio, só por milagre poderia ocorrer sua ressurreição no segundo.” (Alberto Xavier, *Do Lançamento. Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998, 2ª Edição, p. 92 a 94).*

5. Na hipótese, considerando-se a fluência do prazo decadencial a partir de 01.01.1991, não há como afastar-se a decadência decretada, já que a inscrição da dívida se deu em 15.02.1996.

6. Embargos de Divergência rejeitados.” (REsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005)

Outrossim, impende assinalar que o *“primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”* corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponível, ainda

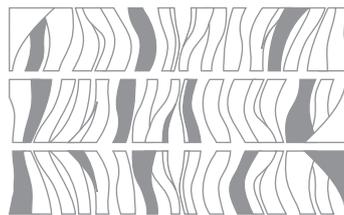
que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do *Codex Tributário*, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, “Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro”, 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, “Direito Tributário Brasileiro”, 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, “Decadência e Prescrição no Direito Tributário”, 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação *ex lege* de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

Com essas considerações, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL**.

Porquanto tratar-se de recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do art. 543-C do Código de Processo Civil, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros dessa Colenda Primeira Seção, aos Tribunais Regionais Federais, bem como aos Tribunais de Justiça dos Estados, com fins de cumprimento do disposto no parágrafo 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil (arts. 5º, II, e 6º, da Resolução 08/2008).



Súmula n. 556

SÚMULA N. 556

É indevida a incidência de imposto de renda sobre o valor da complementação de aposentadoria pago por entidade de previdência privada e em relação ao resgate de contribuições recolhidas para referidas entidades patrocinadoras no período de 1º/1/1989 a 31/12/1995, em razão da isenção concedida pelo art. 6º, VII, **b**, da Lei n. 7.713/1988, na redação anterior à que lhe foi dada pela Lei n. 9.250/1995.

Referências:

CPC, art. 543-C.

CTN, art. 43.

Lei n. 7.713/1988, art. 6º, VII, **b**, na redação anterior à

Lei n. 9.250/1995, arts. 32 e 33.

Precedentes:

(*)REsp	1.012.903-RJ	(1ª S, 08.10.2008 – DJe 13.10.2008)
(*)REsp	760.246-PR	(1ª S, 10.12.2008 – DJe 19.12.2008) – acórdão publicado na íntegra
AgRg nos EREsp	983.617-DF	(1ª S, 16.02.2009 – DJe 23.03.2009)
AgRg nos EREsp	984.518-DF	(1ª S, 25.03.2009 – DJe 20.04.2009)
EAg	941.186-DF	(1ª S, 13.05.2009 – DJe 25.05.2009)
Pet	3.363-RS	(1ª S, 26.08.2009 – DJe 04.09.2009)
EREsp	1.022.315-DF	(1ª S, 25.11.2009 – DJe 14.12.2009)
REsp	1.086.492-PR	(1ª S, 13.10.2010 – DJe 26.10.2010)
AgRg no Ag	1.082.829-SP	(1ª T, 24.03.2009 – DJe 1º.04.2009)
AgRg no AREsp	475.818-DF	(1ª T, 07.04.2015 – DJe 13.04.2015)
AgRg no AREsp	202.075-CE	(2ª T, 11.09.2012 – DJe 18.09.2012)
REsp	1.346.457-RS	(2ª T, 18.12.2012 – DJe 08.02.2013)
REsp	1.278.598-SC	(2ª T, 05.02.2013 – DJe 14.02.2013)

AgRg no REsp 1.337.770-CE (2ª T, 04.06.2013 – DJe 10.06.2013)
AgRg no REsp 1.247.388-DF (2ª T, 22.10.2013 – DJe 29.10.2013)
REsp 1.306.333-CE (2ª T, 07.08.2014 – DJe 19.08.2014)
AgRg nos
EDcl no AREsp 203.640-CE (2ª T, 21.10.2014 – DJe 27.11.2014)

(*) Recursos repetitivos.

Primeira Seção, em 9.12.2015

DJe 15.12.2015

RECURSO ESPECIAL N. 760.246-PR (2005/0100784-8)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Recorrente: Cláudio Massaru Shigueoka

Advogado: Luiz Murilo Klein

Recorrido: Fazenda Nacional

Procuradores: Luís Alberto Saavedra e outro(s)

Claudio Xavier Seefelder Filho

EMENTA

TRIBUTÁRIO. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. RATEIO DO PATRIMÔNIO. INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA.

1. Pacificou-se a jurisprudência da 1ª Seção do STJ no sentido de que, por força da isenção concedida pelo art. 6º, VII, *b*, da Lei 7.713/88, na redação anterior à que lhe foi dada pela Lei 9.250/95, é indevida a cobrança de imposto de renda sobre o valor da complementação de aposentadoria e o do resgate de contribuições correspondentes a recolhimentos para entidade de previdência privada ocorridos no período de 1º.01.1989 a 31.12.1995 (EREsp 643.691/DF, DJ 20.03.2006; EREsp 662.414/SC, DJ 13.08.2007; EREsp 500.148/SE, DJ 01.10.2007; EREsp 501.163/SC, DJe 07.04.2008).

2. A quantia que couber por rateio a cada participante, superior ao valor das respectivas contribuições, constitui acréscimo patrimonial (CTN, art. 43) e, como tal, atrai a incidência de imposto de renda. Precedentes (AgRg nos EREsp 433.937/AL, Min. José Delgado, Primeira Seção, DJe 19/05/2008; AgRg nos EREsp 530.883/MG, Min. Humberto Martins, Primeira Seção, DJ 16/10/2006).

3. Recurso especial improvido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília (DF), 10 de dezembro de 2008 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

DJe 19.12.2008

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, em mandado de segurança objetivando o reconhecimento da inexigibilidade do imposto de renda sobre os valores recebidos pelo impetrante em razão de rateio do patrimônio de entidade fechada de previdência privada em liquidação extrajudicial, deu parcial provimento à apelação do ora recorrente — reformando, portanto, a sentença de improcedência —, restando assim ementado:

“TRIBUTÁRIO. RESGATE DO PATRIMÔNIO DO FUNDO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. IRRF SOBRE CONTRIBUIÇÕES DOS PARTICIPANTES. LEI N. 7.713/88. NÃO INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA NO RESGATE. LEI N. 9.250/95. MP N. 1.459/96.

1. A extinção da entidade de previdência obriga o participante a optar entre a restituição do quinhão que lhe cabe no rateio do patrimônio ou a transferência para outro plano de previdência complementar.

2. No resgate do valor total do fundo de pensão, decorrente da liquidação da entidade, somente não incide imposto de renda sobre a parcela representativa e proporcional ao montante das contribuições vertidas pelo contribuinte pessoa física até a cessação do repasse das prestações ao fundo se na vigência da Lei n. 7.713/88.

3. Apelação parcialmente provida.” (fls. 104).

No recurso especial, o recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, negativa de vigência aos seguintes dispositivos: (a) art. 43 do CTN, pois (I) há que se afastar a tributação das quantias liberadas em decorrência do rateio do patrimônio líquido do PARSE, em liquidação extrajudicial e (II) “as importâncias disponibilizadas através do rateio do patrimônio do (...) PARSE, ‘em liquidação extrajudicial’, somente poderão ser tributadas se, efetivamente, constituírem o fato gerador do Imposto de Renda” (fls. 143) e (b) art. 6º, *caput* e VIII, da Lei 7.713/88, já que “na hipótese de rateio do patrimônio líquido, por dissolução do fundo mútuo, apura-se o valor de cada cotista e, simplesmente, entrega-se aos respectivos donos aquilo que já lhes pertencia, sem que isso importe em qualquer acréscimo patrimonial” (fls. 146). Registra que (a) os valores disponibilizados pelo PARSE, “em liquidação, não se referem ao resgate de suas contribuições - já resgatadas anteriormente - nem, tampouco, constituem benefícios pagos por entidade de previdência privada, mas simplesmente, ao rateio parcial do patrimônio daquele Instituto” (fls. 137) e (b) todas as contribuições vertidas são anteriores à Lei 9.250/95. Aduz que há dissenso pretoriano a ser dirimido, trazendo como paradigmas julgados do STJ. Requer, ao final, que o impetrado se abstenha de exigir o imposto de renda e que sejam liberados os valores depositados à ordem do Juízo, nos termos e para os fins do art. 151, II, do CTN.

Em contra-razões, a recorrida anota que não restou realizado o cotejo analítico necessário à demonstração do dissídio aludido e pugna pela inadmissão do apelo especial em apreço ou pelo improvimento.

Submetido o recurso à sistemática do art. 543-C do CPC (fl. 178), manifestou-se o Ministério Público Federal por seu não conhecimento (fls. 194/201).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. Em caso análogo, proferi voto nos autos do EREsp 380.011/RS, acolhido por unanimidade pela Primeira Seção desta Corte (DJ de 02/05/2005), cujos fundamentos, por serem adequados à hipótese dos autos, transcrevo:

“2. Importa determinar o regime de tributação do Imposto de Renda sobre os valores percebidos pelos participantes dos planos de benefícios, em virtude da

liquidação extrajudicial de entidade de previdência privada fechada, atualmente regulada pelos artigos 47 a 53 da Lei Complementar n. 109, de 29 de maio de 2001, e antes submetida à disciplina dos arts. 63 a 74 da Lei 6.435/77. Para esse efeito, é indispensável distinguir (a) o crédito correspondente ao valor da contribuição que cada participante aportou à entidade em liquidação e (b) o crédito que exceder ao referido valor. No que se refere ao primeiro, a quantia rateada ao participante constitui forma de resgate de contribuições e como tal deve ser tratada juridicamente. É diferente o tratamento jurídico no que se refere a eventuais rateios para pagamento de outros créditos.

3. Relativamente à incidência do Imposto de Renda nos casos de resgate das contribuições à entidade de previdência privada, ou de fruição do benefício, proferi voto nos autos do REsp 585.093/BA (1ª Turma, D.J. de 30/08/2004), cujos termos reproduzo por serem aplicáveis ao caso:

'3. No mais, a complementação de aposentadoria e o resgate das contribuições recolhidas para entidade de previdência privada no período de 1º.01.1989 a 31.12.1995 não constituíam renda tributável pelo IRPF, por força da isenção concedida pelo art. 6º, VII, b, da Lei 7.713/88, na redação anterior à que lhe foi dada pela Lei 9.250/95:

Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:

(omissis)

VII - os benefícios recebidos de entidades de previdência privada:

(omissis)

b) relativamente ao valor correspondente às contribuições cujo ônus tenha sido do participante, desde que os rendimentos e ganhos de capital produzidos pelo patrimônio da entidade tenham sido tributados na fonte;

(omissis)

Com a edição da Lei 9.250/95, alterou-se a sistemática de incidência do IRPF, passando as contribuições recolhidas a partir de 1º.01.1996 a ser tributadas no momento do recebimento do benefício ou do resgate das contribuições, por força do disposto no art. 33 da citada Lei, abaixo reproduzido:

Art. 33. Sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte e na declaração de ajuste anual os benefícios recebidos de entidade de previdência privada, bem como as importâncias correspondentes ao resgate de contribuições.

Visando a evitar o bis in idem, a Medida Provisória 1.943-52, de 21.05.1996 (reeditada sob o n. 2.159-70), determinou a exclusão da base de cálculo

do imposto de renda do 'valor do resgate de contribuições de previdência privada, cujo ônus tenha sido da pessoa física, recebido por ocasião de seu desligamento do plano de benefícios da entidade, que corresponder às parcelas de contribuições efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995' (art. 8º).

Da mesma forma, a jurisprudência do STJ (REsp n. 591.240/BA, Segunda Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 21.06.2004; AgREsp n. 612.042/DF, Primeira Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 14.06.2004) vem reconhecendo que também os benefícios pagos pelas entidades de previdência privada estariam sendo duplamente tributados pelo IRPF. Os valores recebidos a título de complementação de aposentadoria são formados por recursos vertidos pelos beneficiários – as contribuições – e por verbas empregadas pela entidade patrocinadora. Sendo indefinido no tempo o valor futuro do benefício que será pago, é, conseqüentemente, insuscetível de definição a proporção que em relação a ele representam as contribuições recolhidas no passado, antes referidas. É inviável, assim, identificar, em cada parcela do benefício recebido, os valores correspondentes à contribuição do segurado e aos aportes da entidade patrocinadora.

No entanto, não se pode negar o fato de que as contribuições vertidas pelos beneficiários no período de vigência da Lei 7.713/88 – as quais, em alguma proporção, integram o benefício devido – já foram tributadas pelo IRPF. Assim, sob pena de incorrer-se em bis in idem, merece ser atendido o pedido de declaração de inexigibilidade do referido imposto – mas apenas na proporção do que foi pago a esse título por força da norma em questão. Em outros termos: o imposto de renda incidente sobre os benefícios recebidos a partir de janeiro de 1996 é indevido e deve ser repetido somente até o limite do que foi recolhido pelo beneficiário sob a égide da Lei 7.713/88'.

4. Por outro lado, o patrimônio das entidades fechadas de previdência privada não é formado somente por contribuições de seus participantes, mas também por quantias recolhidas pelo patrocinador/instituidor e por resultados superavitários de suas operações. Assim, em caso de liquidação da entidade é possível que o valor do rateio para os participantes seja superior às reservas constituídas por suas contribuições. Ora, a parte que exceder ao total das contribuições constitui acréscimo patrimonial, tal como conceituado pelo art. 43, II, do CTN, estando sujeito, conseqüentemente, à incidência do imposto de renda. Sobre o tema, reporto-me ao precedente julgado pela 2ª Turma (REsp 531.308/PR, DJ de 01.02.2005), relatora a Ministra Eliana Calmon, em cujo voto ficou assentado:

'O art. 6º da Lei 7.713/88 permite que sejam excluídos da incidência do Imposto de Renda os benefícios recebidos de entidades de previdência privada, seja em decorrência de morte ou invalidez, seja em razão de ganhos de capital produzidos pelo patrimônio da entidade – quando tributados esses ganhos na

fonte. Entretanto, nestes autos, temos para exame a questão da incidência do imposto sobre os valores recebidos pelos participantes assistidos pelo PARSE – INSTITUTO DE SEGURIDADE SOCIAL DO BANCO DE DESENVOLVIMENTO DO PARANÁ em razão de sua liquidação extrajudicial. Com a extinção da entidade, levou-se a rateio seu patrimônio, sem se questionar se tal patrimônio era formado tão-somente de recursos próprios dos associados. Pleiteou-se, no mandamus, não só a não-incidência do Imposto de Renda sobre as parcelas devolvidas em restituição, como também a não-incidência sobre o quinhão apurado na liquidação extrajudicial. Entendo que a incidência do art. 43 do CTN ao caso concreto é clara, porque tudo o que for rateado e que exceda as contribuições dos associados pode ser classificado como aquisição da disponibilidade econômica. Em entendimento pretérito, manifestado no julgamento do REsp 76.499/CE, da Primeira Seção, relatado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, o STJ decidiu a questão à luz da Lei 9.250/95, concluindo pela não-incidência do imposto de renda sobre o total do rateio, verbis:

‘TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - DISSOLUÇÃO DE ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA - RATEIO DO PATRIMÔNIO ENTRE QUOTISTAS - NÃO INCIDÊNCIA.

- A entrega aos quotistas do valor de cada quinhão, apurado na liquidação de fundo mútuo de previdência privada, não acarreta acréscimo patrimonial. Por isto, não constitui fato gerador de imposto de renda.’

(REsp 76.499/CE, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Seção, por maioria, julgado em 14/5/1997, DJ 23/6/1997)

Além dessa, foram julgadas na Turma questões idênticas sem que se fizesse distinção quanto à parte correspondente às contribuições dos associados já tributadas na fonte durante a vigência da Lei 7.713/8. Nessa condução anterior, estão os julgados no REsp 412.304/RS (Relator Ministro José Delgado, 1ª Turma, unânime, julgado em 15/8/2002, DJ 23/9/2002) e REsp 413.291/RS (Relatora Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, unânime, julgado em 13/8/2002, DJ 9/9/2002), que examinaram a querela apenas à luz do art. 43 do CTN, sem, contudo, fazer o cotejo com o art. 6º da referida norma. Esse entendimento que isentava da cobrança do imposto todo o quinhão recebido pelo associado mereceu reforma por esta Turma, tendo em vista que é preciso focar a situação de um patrimônio em liquidação de forma maleável, sem critérios rígidos que pudessem levar, até mesmo, à circunstância absurda de virem a ser rateadas verbas públicas, pois não se ignora que são constantemente injetados nas entidades de previdência privada generosos subsídios das entidades estatais que as mantêm. Já nessa nova linha de raciocínio, decidiu esta Turma ao julgar o REsp 603.636/AL, em que também figurava como Relatora.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso especial para excluir da incidência do imposto de renda somente a parte correspondente às contribuições dos associados que já tenham sido tributadas na fonte durante a vigência da Lei 7.713/88:

5. Assim, sobre o montante restituído aos autores a título de rateio da entidade de previdência privada, deve incidir o imposto de renda: (a) na parte que, porventura, exceder ao valor total das contribuições realizadas pelo participante, atualizadas monetariamente; e (b) na parcela relativa às contribuições (atualizadas monetariamente) do participante no período anterior a 1º/01/1989 e posterior 1º/01/1996. Desse modo, incidirá o referido imposto sobre todos os valores que não corresponderem às contribuições do participante realizadas no período de vigência da Lei 7.713/88.”

2. Esse entendimento foi reiterado por diversas vezes na Primeira Seção:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. IMPOSTO DE RENDA. LIQUIDAÇÃO DE ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. RATEIO. NÃO-INCIDÊNCIA APENAS SOBRE A DEVOLUÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES RECOLHIDAS NA VIGÊNCIA DA LEI N. 7.713/88.

1. O posicionamento hodierno desta Corte Superior sobre a matéria controvertida é no sentido de que na liquidação e no rateio de entidade de previdência privada não incide o imposto de renda tão-somente sobre a devolução das contribuições recolhidas durante a vigência da Lei 7.713/88, estando sujeitas à incidência da exação aquelas efetuadas sob a égide da Lei 9.250/95. Aresto embargado em consonância com esse entendimento.

2. Deve ser mantida a decisão agravada que negou seguimento aos embargos de divergência que apontavam como dissidentes paradigmas com similar conclusão jurídica que a do aresto embargado.

3. Agravo regimental não-provido. (AgRg nos EREsp 433.937/AL, Min. José Delgado, Primeira Seção, DJe 19/05/2008)”

“TRIBUTÁRIO - LIQUIDAÇÃO DE ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA - RATEIO DE PATRIMÔNIO - INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA.

1. É pacífico o entendimento nesta Corte no sentido de que o fato de os associados receberem as verbas representativas das cotas a que tinham direito por motivo de liquidação da entidade de previdência privada não dá ensejo à incidência do imposto de renda sobre as parcelas relativas às contribuições, efetuadas pelos próprios participantes e que já tiverem sido objeto de incidência da exação no período de vigência da Lei n. 7.713/88 (de 1º.1.1989 a 31.12.1995).

2. A Lei n. 7.713/88 concedia isenção em relação aos resgates e recebimentos da complementação de aposentadoria pelas entidades de previdência privada,

contudo, com a edição da Lei n. 9.250/95 modificou-se essa sistemática, para fazer incidir imposto de renda nas contribuições recolhidas a partir de janeiro de 1996, a ser tributado no momento do recebimento do benefício.

Agravo regimental improvido. (AgRg nos EREsp 530.883/MG, Min. Humberto Martins, Primeira Seção, DJ 16/10/2006)“

3. Pelas razões expostas, nego provimento ao recurso.

4. Considerando tratar-se de recurso submetido ao regime do art. 543-C, determina-se a expedição de ofício, com cópia do acórdão, devidamente publicado:

(a) aos Tribunais Regionais Federais (art. 6º da Resolução STJ 08/08), para cumprimento do § 7º do art. 543-C do CPC;

(b) à Presidência do STJ, para os fins previstos no art. 5º, II da Resolução STJ 08/08. É o voto.