

AgRg na MEDIDA CAUTELAR Nº 24.972 - SC (2015/0245895-9)

RELATÓRIO

Exmo. Sr. MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO) - Relator: — Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que indeferiu a petição inicial da presente medida cautelar que visa atribuir efeito suspensivo a recurso especial interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, na Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2014.033594-4/0002.00.

Nos pontos mais importantes à sua compreensão, assim vêm postos os fundamentos do recurso:

Ora, o REsp nº 1415033/RS, de relatoria do Eminentíssimo Ministro Ari Pargendler já decidiu que “o art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, invocado pelo tribunal *a quo* para afastar a coisa julgada, constitui norma específica dos embargos à execução contra a Fazenda Pública”.

No bojo do acórdão paradigma, restou assentado que “a coisa julgada resultante do acórdão que proclamou a não incidência do tributo só poderia, dentro do prazo próprio, ser impugnada por ação rescisória”.

A posteriori, o acórdão paradigma ressaltou que “o acórdão recorrido, portanto, afrontou o art. 467 do Código de Processo Civil”.

O caso em tela possui forte similitude fática com o acórdão paradigma, *primus*, tocante ao dispositivo legal então violado (CPC art. 467), e *secundus*, ambos os casos retratam que os contribuintes detinham coisa julgada que os eximia da cobrança do ISS sobre serviços de registros públicos.

Por esta razão, *data maxima venia*, não se pode afirmar que a solução dada pelas instâncias inferiores encontra amparo em julgados desta Corte, o que demonstra sensivelmente a presença do *fumus boni juris*, um dos requisitos da tutela cautelar perquirida.

Não obstante, a decisão agravada vai de encontro à jurisprudência da Suprema Corte sobre o tema, em que não se permite a relativização da coisa julgada justamente por ser o esteio da segurança jurídica.

[...]

Assentadas tais premissas, em que pese a decisão ora recorrida, o acórdão da Suprema Corte fortalece a existência do *fumus boni juris*, máxime para o êxito da tutela cautelar.

Por outro lado, o *periculum in mora* é intuitivo, por decorrer da plausibilidade das alegações, mormente porque o Município de Brusque já propôs a ação de execução fiscal visando cobrar o tributo em discussão.

E sabendo que a higidez do título executivo extrajudicial demanda a existência de relação jurídico-tributária, ora *sub iudice*, não é justo que a Agravante se submeta ao império de um ato flagrantemente ilegal, mormente porque ainda em discussão judicial.

Frente a isto, permite-se concluir *a fortiori* que o indeferimento liminar da petição inicial não foi apropriado na espécie, uma vez que os requisitos da tutela cautelar se fazem presentes, autorizando, pois, a concessão do almejado

Superior Tribunal de Justiça

efeito suspensivo.

Por esta razão, tem-se por imperiosa a reforma da decisão ora agravada, de sorte a dar trânsito à ação cautelar, com o deferimento da medida requerida liminarmente (e-STJ fls. 211/215).

É o relatório.



AgRg na MEDIDA CAUTELAR Nº 24.972 - SC (2015/0245895-9)

VOTO

Exmo. Sr. MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO) - Relator: — Não obstante a boa qualidade dos argumentos expendidos pela Agravante, o arrazoado não tem o condão de infirmar a motivação da decisão agravada.

A presente medida cautelar visa atribuir efeito suspensivo a recurso especial interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, na Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2014.033594-4/0002.00, assim ementado:

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ISS. ATIVIDADE REGISTRAL E NOTARIAL. CONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OPOSIÇÃO DA IMPETRANTE, INVOCANDO COISA JULGADA OPERADA A SEU FAVOR, COM AFASTAMENTO DA TRIBUTAÇÃO. QUE AFASTAVA A TRIBUTAÇÃO. PREVALÊNCIA DA DECISÃO DO PRETÓRIO EXCELSO, INCIDENTE O TRIBUTO A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA ADI N. 3089. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. RECURSO DESPROVIDO (e-STJ fl. 139).

Segundo a Requerente, ora Agravante, apesar de detentora de ordem judicial, já transitada em julgado, afastando a incidência do ISS sobre a atividade por si exercida, o acórdão estadual fulminou a coisa julgada, diante da declaração de inconstitucionalidade ocorrida no âmbito da ADI nº 3.089, de caráter objetivo e de controle concentrado.

Para a concessão da medida cautelar objetivando a concessão de efeito suspensivo a recurso especial é indispensável, além da demonstração de risco iminente de dano irreparável, a verossimilhança do direito alegado, consistente na forte probabilidade de êxito do recurso especial, o que não restou configurado na hipótese dos autos.

A Agravante, Tabela do 1º de Ofício de Notas e Protestos de Brusque/SC, impetrou mandado de segurança contra ato da Secretária de Fazenda do Município de Brusque, alegando que, no mês de agosto de 2013, fora submetida a procedimento de fiscalização tributária ordenada pela autoridade coatora, sob o argumento de que incide ISS sobre atividade cartorária.

Sustentou que não poderia ser alvo de tal fiscalização tributária, tendo em vista ordem judicial em seu favor, no Mandado de Segurança nº 011.04.000628-0, cuja sentença de mérito transitada em julgado afastou a incidência do ISS sobre a atividade exercida pela Impetrante.

A medida liminar foi deferida em parte para determinar que a autoridade coatora abstivesse de dar prosseguimento ao procedimento fiscalizatório instaurado, referentemente ao ISS anterior ao trânsito em julgado da ADIN 3.089-2-DF.

Confirmando a medida liminar, a segurança foi parcialmente concedida, para

Superior Tribunal de Justiça

determinar que a autoridade coatora se abstinhasse de exigir o ISS sobre a atividade desempenhada pela impetrante, relativamente a período anterior ao trânsito em julgado da ADI 3.089-DF.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina manteve na íntegra a sentença, adotando como razão de decidir o parecer do órgão do Ministério Público, *in verbis*:

[...]

De primeiro, sobreleva destacar que em todas as demandas relativas à incidência de ISS sobre os serviços notariais e registros, nas quais tivemos oportunidade de nos manifestar, sempre adotamos posição no sentido da legalidade da exigência tributária em comento, mesmo quando essa posição não encontrava respaldo neste E. Tribunal de Justiça catarinense.

Todavia, temos como inegável que, atualmente, a questão sobre a legalidade ou não da incidência de ISS sobre os serviços prestados pela autora já se encontra superada, diante do posicionamento adotado pela Corte Constitucional do Brasil na ADI 3.089, ajuizada pela ANOREG/BR, cujo reflexo, bem ao contrário do articulado pela recorrente, possui efeito *erga omnes* e foi seguido por esse E. Tribunal de Justiça...

[...]

De outro tanto, superada a questão jurídica de fundo (legalidade da incidência do ISS), resta-nos, então, examinar a controvérsia estabelecida no presente feito, qual seja, se a decisão prolatada nos autos mandado de segurança anteriormente impetrado pela recorrente (fls. 39/41), onde não se não (sic) se declarou, em sede de controle difuso e de modo incidental, qualquer inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 106/03, deve prevalecer sobre o julgado proferido do STF, emanado em sede de controle direto e concentrado de constitucionalidade.

[...]

Essa, sem dúvida alguma, parece ser a situação dos autos, porquanto estão se contrapondo uma 'suposta segurança jurídica' com a justiça, isto é, pretende-se com a presente *actio*, em nome, repita-se, de uma suposta segurança jurídica - a concedida por meio de concessão da segurança que afastou a incidência do ISS sobre os serviços prestados pela apelante - a impedir a incidência de ISS sobre os serviços de registros públicos, cartorários e notariais, quando a Corte de Justiça responsável, em última instância, para dar a palavra final sobre tal tema, já se pronunciou que a exação vergastada é constitucional e legal.

[...]

Neste caso não podemos afirmar a existência de antinomia entre normas, que poderia ser solucionada por um dos três critérios preconizados pela doutrina, a saber, o critério hierárquico, o critério cronológico, e o critério da especialidade. Temos, diversamente, uma antinomia dita imprópria, ou antinomia principiológica.

Diz-se que há uma antinomia principiológica de avaliação quando está estabelecida uma sanção mais grave para um ilícito de pequeno potencial ofensivo, e uma sanção mais leve para um ilícito de potencial ofensivo maior. No direito brasileiro, temos várias exemplos dessa espécie de antinomia. Um deles, muito expressivo aliás, está no art. 1º, da Lei nº 8.137/90, que comina

Superior Tribunal de Justiça

pena de reclusão de 2 a 5 anos para o crime de supressão ou redução de tributo, enquanto o art. 334, do Código Penal comina pena de reclusão de 1 a 4 anos para o crime de contrabando ou descaminho.

Não há dúvida de que este último é de bem maior gravidade, posto que além de implicar o não-pagamento do tributo, de forma fraudulenta, pode implicar em graves danos à economia nacional.

Neste caso não se pode falar propriamente em antinomia, porque não existe incompatibilidade entre prescrições normativas, mas resta evidente que há um tratamento injusto. Há um erro de avaliação por parte de quem elaborou as normas.

Pode-se dizer que há uma injustiça, apenas há de comum a idéia de que ambas devem ser corrigidas. A antinomia porque produz incerteza, e a injustiça porque consubstancia desigualdade.' Nas relações tributárias muitas vezes ocorrem situações nas quais estão em conflito só princípios das segurança e da justiça. Situações que motivaram a pesquisa destinada à obtenção de respostas para as questões que elaboramos, a ensejar o presente texto. Situações nas quais se tem decisão pertinente à legalidade, ou à inconstitucionalidade, que se estabiliza com a coisa julgada, seguida de situações resolvidas em sentido diverso, a ensejar desigualdades entre pessoas que deveriam receber o mesmo tratamento tributário. Tais situações devem ser tratadas à luz da doutrina que preconiza a superação de antinomias entre princípios mediante a relativização do alcance destes, em busca de conciliação possível, como mínimo de danos para os mesmos. (grifamos) (Ob. Cit. Págs. 150/153).

Munidos dessas premissas, entendemos se fazer presente na questão ora analisada, no mínimo, uma situação de inteira injustiça e desigualdade, podendo-se cogitar, inclusive, na ausência de segurança jurídica, de vez que entender-se agora como inaplicável uma Lei Municipal (n. 106/03) que é simétrica à Lei Federal n. 116/03, inclusive na numeração dos itens nos quais se prevê a incidência de ISS, declarada e reconhecida como constitucional pelo STF em 2008 (controle concentrado e direto), em virtude de uma decisão concessiva de segurança, na qual, alerte-se, sequer houve declaração incidental (controle difuso) da inconstitucionalidade, inclusive por esse E. Tribunal, não se afigura nada razoável.

Ora, impedir a exigência do ISS pelo ocorrido, a qualquer tempo, como pretende a recorrente, é conferir tratamento desigual para pessoas na mesma situação tributária, bastando para que isso aconteça que o titular de algum outro Cartório da cidade de Brusque não tenha decisão judicial anterior favorável.

Não se discute que a autora foi beneficiada com a entrega de prestação jurisdicional anterior (fls. 39/41), confirmada, ao que tudo indica, por este E. Tribunal de Justiça. Entrementes, permitir que esse benefício (não recolhimento de ISS) perdure *ad aeternum*, sob a pálida justificativa de que a decisão do MS n. 2004.000628-0 ainda vigora, ou então, que referida decisão teria fulminado a legislação municipal, quer nos parecer ilógico e inconstitucional, visto que, apesar de já se ter passado o prazo para manejo da competente rescisória, o STF fulminou a questão com efeito *erga omnes e ex tunc*.

Com efeito:

'(...) 2. As decisões de mérito do STF, no exercício do controle concentrado da constitucionalidade das Leis, o qual se dá através das ações diretas de inconstitucionalidade, têm eficácia *erga omnes*' e geram efeitos *ex tunc*', ou seja, a declaração de inconstitucionalidade atinge a Lei desde o nascedouro e os efeitos que produziu devem ser revistos. (...)'" (TRF 4ª R. - AC 1999.71.10.009663-3 Â- 3ª T. - Rel. Des. Fed. Francisco Donizete Gomes Â- DJU 27.11.2002 - p. 771).

Dessa forma, entendemos que, especificamente no caso em epígrafe, deve ser relativizada a validade e eficácia da decisão prolatada nos autos da ação mandamental alhures mencionada (coisa julgada), devendo-se ficar adstrita às partes (entre elas a autora), porém, somente até o reconhecimento da constitucionalidade da exigência do ISS pelo STF em 2008, quando então houve a total perda de eficácia daquele *decisum*, mormente quando a prestação (ISS) é continuativa, isto é, todo ano surge novo fato gerador da cobrança do tributo.

[...]

Assim sendo, temos que até o ano de 2008, nada deve a autora. Contudo, após aquele marco temporal, resta evidente que a cobrança do ISS é legal, constitucional e possível, inclusive com base na Lei Municipal n. 106/03, cujo teor repete a Lei Federal n. 116/03, que é reconhecidamente constitucional (ADI 3089).

E não se diga que o Ente Público Municipal estaria obrigado a editar novel legislação tratando do mesmo tema, posto que referida norma não foi revogada e, muito menos, declarada inconstitucional, seja de modo direto e/ou incidental (fls. 39/41), estando, portanto, em plena vigência" (fls. 152-158).

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

Este é o voto (e-STJ fls. 141/145).

Diante da fundamentação do acórdão recorrido, em exame perfunctório, próprio das medidas de urgência, verifico que o recurso especial, aparentemente, tem pouca probabilidade de êxito.

No que se refere à violação do art. 535 do CPC, não se evidencia, a primeira vista, negativa de prestação jurisdicional a justificar eventual anulação do acórdão e, com relação à ofensa ao art. 467 do CPC, a solução dada pelo Tribunal de origem encontra guarida na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Segundo o entendimento desta Corte, não há ofensa à coisa julgada quando na relação jurídica continuativa ocorre alteração no estado de fato ou de direito. Nesse sentido: AgRg no AgRg no REsp nº 1.446.036/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 20/10/2014; AgRg no AREsp nº 471.512/DF, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 02/05/2014; AgRg no REsp nº 1.194.372/RS, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJe 16/12/2010 e REsp nº 739.784/PE, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 27/11/2009.

A relação jurídico-tributária de cobrança do ISS sobre a atividade da requerente é continuativa, renovando-se mês a mês. A situação da requerente, como visto, sofreu substancial modificação com o julgamento da ADI 3.089/DF, que reconheceu a constitucionalidade da incidência do tributo sobre os serviços de registros públicos, cartorários e notariais.

Superior Tribunal de Justiça

A propósito, confirmam-se: REsp n. 1.549.831/SC, Relator Ministro Humberto Martins; e AgRg no REsp n. 1.470.687/SC, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, o último assim ementado:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TESE APRECIADA PELO STF QUE DECLAROU CONSTITUCIONAL A COBRANÇA DO ISS SOBRE SERVIÇOS DE REGISTROS PÚBLICOS, CARTORÁRIOS E NOTARIAIS (ADI 3.089). TÍTULO EXECUTIVO POSTERIOR À DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O STF, em controle concentrado de constitucionalidade, declarou constitucionais os dispositivos da LC 116/03 que impõem a incidência do ISSQN sobre os serviços de registros públicos, cartorários e notariais. Precedentes: AgRg no AREsp. 434.355/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, 2T, DJe 10.9.2014; AgRg no AREsp. 150.947/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, 1T, DJe 24.8.2012.

2. Agravo Regimental de JORDAN FABRÍCIO MARTINS a que se nega provimento (DJe 26/06/2015).

O Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, no voto condutor do AgRg no REsp n. 1.470.687/SC, esclareceu que "não há desrespeito à coisa julgada, mesmo porque o objeto da execução fiscal é posterior ao julgamento da ADI 3.089 (1º.8.2008) que entendeu pela constitucionalidade da LC 116/2003, que impõe a incidência do ISS sobre os serviços públicos, cartorários e notariais".

Nessa linha de entendimento, parece acertada a conclusão de que a segurança só poderia mesmo ter sido concedida parcialmente, para determinar que a autoridade coatora se abstivesse de exigir o ISS sobre a atividade desempenhada pela impetrante, relativamente a período anterior ao trânsito em julgado da ADI 3.089/DF. Quanto ao período posterior, registrou-se alteração substancial na relação jurídico-tributária, com eficácia *erga omnes* que atinge a Requerente.

Tal o contexto, não se evidencia a fumaça do bom direito a justificar a atribuição de efeito suspensivo ao recurso especial.

A título elucidativo, cito a MC n. 24.777/RJ, Relator Ministro Sérgio Kukina, DJe 28/08/2015, em que foi indeferido pedido idêntico ao dos autos.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental. Mantida a decisão recorrida.

É o voto.