



Primeira Turma

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 1.904.780-SP (2021/0160235-3)

Relator: Ministro Gurgel de Faria

Agravante: Município de Itapevi

Procurador: Marcel Tenorio da Costa e outro(s) - SP224008

Agravado: Eurofarma Laboratorios S.A

Advogados: Ronaldo Rayes - SP114521

João Paulo Fogaça de Almeida Fagundes - SP154384

Bruno Henrique Coutinho de Aguiar - SP246396

Ana Cristina Maia Mazzaferro - SP261869

Letícia Marchioni Sequeira - SP411188

Bruna Annunciato de Caria - SP428667

EMENTA

Tributário. Imposto sobre serviços. Lançamento por homologação. Recolhimento em favor de município diverso. Decadência. Regra a ser observada. Art. 173, I, CTN. Aplicação.

1. A obrigação tributária não declarada pelo contribuinte no tempo e modo determinados pela legislação de regência está sujeita ao procedimento de constituição do crédito pelo fisco, por meio do lançamento substitutivo, o qual deve se dar no prazo decadencial previsto no art. 173, I, do CTN, quando não houver pagamento antecipado, ou no art. 150, § 4º, do CTN, quando ocorrer o recolhimento de boa-fé, ainda que em valor menor do que aquele que a Administração entende devido, pois, nesse caso, a atividade exercida pelo contribuinte, de apurar, pagar e informar o crédito tributário, está sujeita à verificação pelo ente público, sem a qual ela é tacitamente homologada.

2. Hipótese em que a Corte estadual compreendeu que o recolhimento do tributo a município diverso daquele a quem seria efetivamente devido seria suficiente para a aplicação do regime do art. 150, § 4º, do CTN, independentemente do momento do conhecimento, pelo outro ente federativo, acerca do fato gerador, bem como de qualquer recolhimento do tributo aos seus cofres.

3. *In casu*, revela-se incontroverso que o contribuinte declarou e recolheu o ISS relativo aos serviços prestados por terceiros a outros municípios que não o de *Itapevi* – SP, o qual apenas teve conhecimento dos fatos geradores no momento da fiscalização tributária, o que afasta o regime do art. 150, § 4º, do CTN, impondo-se a reforma do acórdão para que seja aplicada a regra geral da decadência prevista no art. 173, I, CTN.

4. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do agravo para dar provimento ao recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região), Benedito Gonçalves (Presidente), Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de dezembro de 2021 (data do julgamento).

Ministro Gurgel de Faria, Relator

DJe 25.2.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Trata-se de agravo de *Município de Itapevi* – SP que objetiva admissão de recurso especial interposto contra acórdão do TJSP assim ementado:

Apelação cível. Ação Anulatória ISS do exercício de 2010. Município de Itapevi. Insurgência contra sentença que julgou procedente a ação anulatória em razão da decadência do lançamento tributário e condenou o município aos ônus de sucumbência além de honorários advocatícios Tomadora de serviços localizada em Itapevi. Prestadores localizados em São Paulo. Existência de retenção Notas fiscais juntadas aos autos e correspondentes ao período tributário dão conta de que houve a retenção e pagamento do tributo. Tributo sujeito ao lançamento por homologação cujo prazo decadencial deve ser contado a partir do fato gerador Último fato gerador data de 8/12/2010. Lançamento ocorrido 15/12/2015.

Decadência Ocorrência Entendimento do art. 150, § 4º do CTN Precedentes do STJ e deste Eg. Tribunal de Justiça. Decisão mantida. Recurso do município não provido.

No especial, a parte alega violação dos arts. 150, § 4º, 173, I, do CTN, bem como a ocorrência de divergência jurisprudencial.

Sustenta, em síntese, que a contagem do prazo decadencial deve observar a regra do art. 173, I, do CTN, e não aquela prevista no art. 150, § 4º, ante a ausência de recolhimento do ISS aos cofres do município tributante no período do fato gerador.

Afirma que o recolhimento do ISS feito a outro ente municipal não tem o condão de alterar a forma de contagem do prazo decadencial, uma vez que o município recorrente só teve conhecimento do fato gerador na data da fiscalização.

O recurso especial foi obstaculizado pela aplicação da Súmula 7 do STJ e por não estar corretamente demonstrado o dissídio jurisprudencial, fundamentos impugnados no agravo.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria (Relator): Inicialmente, por entender estarem preenchidos os pressupostos legais para o conhecimento do agravo e do próprio recurso especial, submeto o presente feito diretamente ao Colegiado, conforme faculta o art. 1.042, § 5º, do CPC/2015.

O recurso especial se origina de ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária c/c pedido de repetição do indébito de ISS cobrado pela edilidade ao autor em razão de responsabilidade por substituição tributária dos serviços médicos a ele prestados, em que se debate a legitimidade ativa tributária do Município de Itapevi para cobrar ISSQN de serviços prestados por prestadores localizados em outro município, bem como a decadência do crédito tributário em razão do decurso do quinquênio legal.

Pela sentença, a ação foi julgada procedente, em razão do reconhecimento da decadência, consignando-se que o prazo do art. 150, § 4º, do CTN teve início com o recolhimento do tributo aos cofres do município em que domiciliado o prestador do serviço, afastando-se a aplicação da regra do art. 173, I, do CTN:

Isso porque houve o pagamento antecipado ao Município do prestador do serviço, ao qual a autora entendia ser devido o pagamento, não podendo a mesma ser onerada pela divergência de entendimento entre dois municípios da Federação

O Tribunal bandeirante negou provimento à apelação da edilidade, mantendo o fundamento de que, com o recolhimento comprovado do ISS ao município que a autora entendia como tributante, o prazo do art. 150, § 4º, do CTN teria se iniciado, encerrando-se em momento anterior à lavratura do auto de infração pelo município de Itapevi – SP.

Eis a motivação adotada no acórdão recorrido:

O § 4º do sobredito artigo 150 do CTN, por sua vez, determina que “Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Assim, para que referido dispositivo legal seja aplicável, é necessário que o contribuinte tenha efetuado o pagamento, isto é, tenha “declarado” que o imposto era devido naquele caso e, procedido ao seu recolhimento, ainda que tenha sido a menor, antes do lançamento e a Municipalidade tem o prazo de cinco anos contados do fato gerador para homologar o crédito de forma tácita ou expressa.

Pois bem, o impetrante comprovou que houve a retenção e recolhimento referente às notas fiscais de fls. 40/127, no exercício de 2010 (período compreendido entre janeiro a dezembro), devendo, desse modo, incidir a regra decadencial insculpida no já mencionado artigo 150 § 4º do CTN, ou seja, o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador.

Os fatos geradores do tributo ocorreram entre janeiro a dezembro de 2010 (esta última datada de 8/12/2010), evidenciado pela emissão das notas fiscais aqui copiadas às fls. 40/127, nas quais a autora é identificada como tomadora dos serviços. Ali consta o nome da autora nessa condição, com as devidas descrições dos serviços prestados.

O fato gerador do ISS se dá na data da prestação de serviços (art. 156, III da Constituição Federal), de modo que as notas fiscais de fls. 40/127 apontam que os serviços foram prestados até o dia 8/12/2010.

Está, pois, demonstrado que quando o lançamento foi efetuado o crédito tributário descrito no auto de infração n. 121/2015, de 15/12/2015, já havia sido fulminado pela decadência.

Pois bem.

Por oportuno, anote-se a tempestividade do agravo em recurso especial, tendo o município recorrente sido intimado da decisão de inadmissão do recurso com sua intimação pessoal, ocorrida por meio eletrônico em 30/11/2020, data da interposição do agravo.

Dito isso, tem-se que, para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação, a obrigação tributária não declarada pelo contribuinte no tempo e modo determinados pela legislação de regência está sujeita ao procedimento de constituição do crédito pelo fisco, por meio do lançamento substitutivo, o qual se deve dar no prazo decadencial previsto no art. 173, I, do CTN, quando não houver pagamento antecipado, ou no art. 150, § 4º, do CTN, quando ocorrer o recolhimento de boa-fé, ainda que em valor menor do que aquele que a Administração entende devido, pois, nesse caso, a atividade exercida pelo contribuinte, de apurar, pagar e informar o crédito tributário, está sujeita à verificação pelo ente público, sem a qual ela é tacitamente homologada.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados: AgInt no AgInt no AREsp 1.229.609/RJ, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 24/10/2018; AgInt no REsp 1.097.248/SC, rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 13/05/2019; AgRg no AREsp 132.784/SP, rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 01/04/2016; REsp 1.633.154/SP, rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 05/12/2017.

Vê-se que, pela própria natureza do lançamento por homologação, faz-se necessário que a edilidade tenha conhecimento da ocorrência do fato gerador, seja através da declaração formal promovida pelo contribuinte ou do recolhimento do tributo aos seus cofres.

Na hipótese dos autos, é incontroverso que o contribuinte declarou e recolheu o ISS relativo aos serviços prestados por terceiros a outros municípios que não o município de *Itapevi* – SP, o qual apenas teve conhecimento dos fatos geradores no momento da fiscalização tributária.

Não se está aqui a afirmar a competência deste ou daquele município para a tributação, mas apenas que, para a aplicação da regra do art. 150, § 4º, do CTN ao município de *Itapevi* – SP, no caso concreto, a declaração do contribuinte ou o recolhimento, ainda que parcial, do ISSQN dos fatos geradores tributados deveriam ter sido feitos ao ora recorrente.

In casu, as instâncias ordinárias aplicaram a regra do art. 150, § 4º, do CTN independentemente do momento do conhecimento do município acerca do fato gerador e de qualquer recolhimento do tributo aos seus cofres, sendo insustentáveis as conclusões por elas adotadas.

Ante o exposto, *conheço* do agravo para *dar provimento* ao recurso especial e *determinar* o retorno dos autos ao Tribunal *a quo* para que seja apreciada a alegação de decadência segundo as regras do art. 173 do CTN, bem como para que aprecie as demais causas de pedir da ação declaratória relativas à competência do município de *Itapevi* – SP para tributar o ISS em discussão.

É como voto.

**AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N.
67.723-SC (2021/0323713-6)**

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Agravante: Andreia Marques Tarachuk

Advogado: Amanda Beatriz Guimaraes Bueno - PR085112

Agravado: Estado de Santa Catarina

Advogado: Ezequiel Pires - SC007526

EMENTA

Processual Civil. Agravo interno em recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Candidata aprovada em primeiro lugar. Concurso ainda vigente. Discricionariedade administrativa. Agravo não provido. Alegação de preterição. Dilação probatória. Inadequação da via mandamental. Agravo não provido.

1. A discricionariedade administrativa para a nomeação de candidatos aprovados em certames públicos conhece limite: o constitucional de vigência dos concursos públicos, nunca superior a quatro anos, contados da data de sua homologação, como decorre,

inexoravelmente, do disposto no art. 37, III, da Carta Republicana. Porém, durante o período de vigência do concurso público, ainda que estendido, deve ser respeitado o legítimo poder discricionário conferido pelo ordenamento pátrio à Administração de avaliar, ao seu exclusivo critério, a melhor oportunidade para nomear candidatos aprovados, ainda que classificados dentro das vagas inicialmente ofertadas no instrumento convocatório.

2. Não prospera a tese autoral de preterição, em razão da inadequação da via eleita. É que a aferição do acerto do argumento demandaria inevitavelmente dilação probatória – vedada na via mandamental – para verificar se, no caso examinado, a apontada designação de pessoal em regime precário seria, ou não, usada como artifício para burlar a nomeação dos candidatos aprovados em concurso público, mormente diante da informação prestada pela Impetrada, dando conta de que as funções são exercidas acumuladamente por servidores efetivos já integrantes do quadro. Ademais, a jurisprudência do STJ tem se orientado no sentido de que mesmo a contratação de temporários (se fosse o caso) não caracteriza, só por si, preterição dos candidatos concursados.

3. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília (DF), 14 de março de 2022 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Cuida-se de agravo interno interposto por *Andréia Marques Tarachuk* contra a decisão de fls. 338/342, pela qual, em harmonia com consolidada jurisprudência desta Corte Superior, se negou provimento a recurso ordinário interposto contra acórdão unânime do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

A decisão ora impugnada, ancorada em diversos precedentes desta Corte, endossa o entendimento do Tribunal de origem, no sentido de que *“mesmo os classificados dentro do número de vagas oferecidas no certame não têm direito líquido e certo à imediata nomeação durante o período de vigência do certame, salvo se provada a preterição, porquanto, nesse intervalo, cabe ao Poder Público, no exercício de legítimo poder discricionário, avaliar a conveniência e a oportunidade de nomeação”* (fl. 340). Também se afirmou, na mesma decisão, a inadequação da via mandamental *“para aferir se, no caso examinado, a apontada designação de pessoal em regime precário seria, ou não, usada como artifício para burlar a nomeação dos candidatos aprovados em concurso público, mormente diante da informação prestada pela Impetrada, dando conta de que as funções são exercidas acumuladamente por servidores efetivos já integrantes do quadro”* (fl. 341, isto por ser o mandado de segurança absolutamente avesso à dilação probatória.

Nas razões do agravo interno (fls. 347/361), a agravante argumenta no sentido de afastar ambos os fundamentos (discricionariedade da Administração e inadequação da via mandamental), requerendo, por fim, o provimento do agravo, com a consequente reforma da decisão agravada e a posterior concessão da ordem.

Em contrarrazões, fls. 364/369, o Estado de Santa Catarina defende o acerto da decisão combatida pela candidata, inclusive quanto ao argumento de que este STJ, em casos semelhantes, também negou provimento a recursos ordinários fundados nas mesmas teses.

Recurso tempestivo. Representação regular.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): Em que pese à irrisignação da agravante, não lhe assiste razão.

Quanto à legitimidade do poder discricionário da Administração Pública para definir, ao seu exclusivo critério e dentro do prazo de validade do certame – primeiro fundamento da decisão combatida –, pondera a agravante:

O eminente relator, ao proferir a decisão denegatória do recurso ordinário em mandado de segurança, asseverou que “homologado o certame aos 19 de outubro de 2018, (fls. 75/76), mas prorrogada sua vigência (...) deve ser respeitado o legítimo poder discricionário da Administração de, durante o período de validade do concurso assim estendido, avaliar a melhor oportunidade para a nomeação”.

Entretanto, de se observar que sequer houve efetiva prorrogação do prazo de vigência, conforme permite a Constituição Federal. O que ocorre é o prazo de validade do certame está suspenso, conforme comunicado anexado no mov. 103, de forma que, em razão das reiteradas suspensões (entre 20/03/2020 a 31/12/2020; e entre 13/05/2021 a 31/12/2021), é certo que o prazo de validade ainda por anos se estenderá, protelando injustificadamente o direito líquido e certo da impetrante.

Questiona-se, aqui, se a jurisprudência do Egrégio STJ, no sentido de que o direito líquido e certo à vaga só exsurge após o transcurso total do prazo de validade do certame, mostra-se aplicável ao presente caso concreto. Ora, é compreensível admitir que a Administração Pública tenha discricionariedade quanto ao momento de nomear os servidores aprovados. Mas admitir, ao mesmo, que as *suspensões do prazo de validade do concurso* sejam discricionárias, leva ao inequívoco raciocínio de que a impetrante, devidamente aprovada dentro do número de vagas, fica à mercê de uma liberdade desregrada e arbitrária por parte da Administração Pública. E, como bem se sabe, a discricionariedade não pode, ou ao menos não deve, servir de subterfúgio para legitimar condutas ilegais, abusivas, impessoais e violadoras dos princípios mais caros na seara administrativa (como o acesso aos cargos públicos através de concurso, em que se prefere o mérito às preferências pessoais, forma de garantir o próprio direito fundamental à *igualdade*). (fl. 350)

E, mais adiante, suscita questionamentos, à guisa de conclusão:

Provoca-se aqui o raciocínio de cunho pragmatista por parte do respeitável Ministro Relator e dos demais julgadores desta Corte Cidadã, sob viés contextualista, consequencialista e antifundacionista. É necessário contextualizar o direito que aqui está em jogo, certamente dotado de particularidades que o diferenciam dos demais casos julgados e citados na decisão denegatória (em nenhum deles consta vigência superior a 4 anos, já em seu total, sendo certo que no caso ora analisado sequer houve a prorrogação). É necessário verificar as consequências da decisão, já que a denegação da segurança significa protelar indefinidamente o direito líquido e certo no tempo, tornando-o em uma

expectativa que jamais se concretizará (ora, se a Administração Pública optar por suspender o prazo de validade mais e mais vezes sem qualquer justificativa válida, não se pode prever quando esse prazo acabará). É necessário se afastar de critérios abstratos (e, no caso, da tese abstrata já firmada pelo STJ que acima se explicitou), chamando-se atenção para as circunstâncias deste caso concreto.

Até onde vai o legítimo poder discricionário da Administração? Há poder de se escolher o momento da nomeação e, ao mesmo tempo, poder de suspender o prazo de validade do certame indefinidamente? Onde fica o princípio da confiança legítima que devem reger os atos administrativos, a segurança jurídica e o princípio do concurso público? O que há de democrático em um concurso público realizado há mais de 3anos, com previsão expressa de vaga em edital, e no qual se nega o acesso ao cargo por razões *discricionárias*? (fls. 350/351).

Ao que parece, talvez em razão do recorte parcial que fez para transcrição nas razões recursais, não compreendeu a agravante o real fundamento da decisão que pretende combater.

Eis o que efetivamente está posto no decisum hostilizado:

Segundo a Corte Catarinense, mesmo os classificados dentro do número de vagas oferecidas no certame não têm direito líquido e certo à imediata nomeação durante o período de vigência do certame, salvo se provada a preterição, porquanto, nesse intervalo, cabe ao Poder Público, no exercício de legítimo poder discricionário, avaliar a conveniência e a oportunidade de nomeação.

Quanto a este ponto, a conclusão da Corte Estadual não destoia do entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, como se pode aferir, dentre outros, dos seguintes julgados:

[...]

Assim, homologado o certame aos 19 de outubro de 2018, (fls. 75/76), mas prorrogada sua vigência (***neste caso, por força da norma constitucional “uma única vez e por igual período”, até 19 de outubro de 2022***), deve ser respeitado o legítimo poder discricionário da Administração de, durante o período de validade do concurso assim estendido, avaliar a melhor oportunidade para a nomeação. (fls. 340/341)

Logo, as razões recursais, nessa quadra, ficam esvaziadas. Nada há, nessa decisão, que autorize concluir, como o faz a agravante, haver esta Corte autorizado a prorrogação, *ad infinitum*, da vigência do certame. A discricionariedade administrativa para a nomeação de candidatos aprovados em certames públicos conhece, sim, um limite: o máximo prazo constitucional de vigência dos concursos públicos, nunca superior a quatro anos, contados da data de sua homologação, como decorre, inexoravelmente, do disposto no art. 37, III, da Carta Republicana.

Portanto, para o caso em exame, vale reprimir: “homologado o certame aos 19 de outubro de 2018, (fls. 75/76), mas prorrogada sua vigência (**neste caso, por força da norma constitucional ‘uma única vez e por igual período’, até 19 de outubro de 2022.**)”

Porém, como também se afirmou, “*deve ser respeitado o legítimo poder discricionário da Administração de, durante o período de validade do concurso assim estendido, avaliar a melhor oportunidade para a nomeação (fl. 341).*”

Eis porque, quanto a isso, nenhuma razão assiste à agravante. Insisto: durante o período de vigência do concurso público, ainda que estendido, deve ser respeitado o legítimo poder discricionário conferido pelo ordenamento pátrio à Administração de avaliar, ao seu exclusivo critério, a melhor oportunidade para nomear candidatos aprovados, ainda que classificados dentro das vagas inicialmente ofertadas no instrumento convocatório.

Nesse sentido, dentre outros tantos, os seguintes julgados:

Direito Administrativo. Recurso em mandado de segurança. Concurso público. Cargo efetivo. Contratação de temporários. Inexistência de preterição. Institutos diversos. Prazo de vigência não expirado. Discricionariedade na escolha do momento para nomeação. Recurso não provido.

1. A contratação de agentes temporários, só por si, não caracteriza preterição dos aprovados para nomeação em cargos efetivos, porquanto aqueles, admitidos por meio de processo seletivo fundado no art. 37, IX, da Constituição Federal, atendem às necessidades transitórias da Administração, ao passo em que os servidores efetivos são recrutados mediante concurso público (art. 37, II e III, da CF) e suprem necessidades permanentes do serviço. São institutos diversos, com fundamentos fáticos e jurídicos que não se confundem. Precedentes.

2. Cabe à Administração Pública, no legítimo exercício do poder discricionário, escolher o melhor momento para nomeação de candidatos aprovados em concurso público, respeitado o prazo de validade do certame.

3. Recurso ordinário não provido.

(RMS 61.771/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 02/09/2020)

Processual Civil. Mandado de segurança. Concurso público. Médico. Nomeação na vigência de lei que altera os benefícios dos servidores públicos. Ausência de direito líquido e certo. Precedentes do STJ.

[...]

4. A jurisprudência do STJ está pacificada no sentido de que não há falar em direito líquido e certo à nomeação se ainda houver tempo de validade do concurso (mesmo que o candidato esteja aprovado dentro do número de vagas, o

que é o caso da recorrente), pois, em tais situações, subsiste a discricionariedade da Administração Pública para efetivar a nomeação.

[...]

6. Recurso Ordinário não provido.

(RMS 50.445/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 20/04/2017)

Quanto ao segundo fundamento da decisão guerreada, diz a recorrente que “*duas observações importantes merecem ser feitas, com toda vênua ao Ministro relator*” (fl. 351).

A primeira, segundo a Autora, é que “a petição está devidamente acompanhada de prova pré-constituída que demonstra que as alegações perpetradas no sentido de que a designação de servidores a título temporário para o exercício das funções de oficial de justiça na Comarca de Porto União/SC são irregulares”, pelo que, acrescenta, “o exame dessa legalidade é o que se quer nessa via mandamental, segundo o que a seguir será fundamentado, sendo certo que a prova de plano produzida nesses autos é suficiente para comprovar as alegações trazidas” (fl. 352).

Bem, quanto a isso, sem nenhum desdouro ao argumento, observo tratar-se da opinião da impetrante. Na origem, o Desembargador relator, ao indeferir a liminar, externou compreensão diversa:

Além disso, segundo informações prestadas pela Diretoria de Gestão e Pessoas do Tribunal de Justiça (Evento 1, Doc. 17), os servidores que atualmente exercem as funções do cargo vago de Oficial de Justiça na comarca de Porto União foram designados em regime de substituição - ou seja, de forma precária e provisória - com amparo na Resolução GP n. 28/2011 (especificamente, arts. 5º e 8º), afastando, à primeira vista, a alegação de desvio de função.

Consigno, ainda, que a própria impetrante acostou (e a consulta ao site do Tribunal de Justiça confirmou) atos recentes - datados de janeiro e fevereiro de 2021 (Evento 1, Doc. 10) - relativos à nomeação de candidatos aprovados no mesmo concurso regido pelo Edital n. 19/2018, o que sinaliza o empenho da Administração em atender os ditames do instrumento convocatório, provendo os cargos no lapso temporal em que se comprometeu. Diante disso, ao menos por ora, não visualizo plausibilidade fática e jurídica na argumentação da demandante. (fl. 163).

Na mesma linha, a Corte catarinense, nos termos do acórdão recorrido, à unanimidade endossou o voto condutor do acórdão, do qual se extrai:

Noutra linha, aqui não se percebe a existência da aventada preterição -, pois incorrente qualquer afronta à ordem de classificação dos aprovados no certame.

No que toca à designação de terceiro para suprir temporariamente a lacuna existente, colhe-se das informações prestadas pela autoridade apontada como coatora (Evento 25) que “não há substituição por servidores externos na hipótese; aqueles que desempenham as funções de oficial de justiça na comarca de Porto União, em caráter de substituição, pertencem aos quadros do Poder Judiciário catarinense”, além de que “referida medida tem por objetivo reduzir emergencialmente o déficit de servidores nas unidades, enquanto se verifica as possibilidades de provimentos dos demais cargos vagos, e está pautada no que admitido pela resolução GP n. 28/2011”.

E aludida Resolução GP n. 28/2011 assim dispõe, naquilo que importa:

Art. 5º Somente haverá pagamento de substituição decorrente dos afastamentos legais dos servidores ocupantes de cargos comissionados e dos cargos efetivos de Oficial de Justiça e Oficial de Justiça e Avaliador, bem como daqueles que exercem funções gratificadas ou percebem gratificação especial correspondente a cargo comissionado ou função gratificada.

[...]

§ 3º Também será devida gratificação de substituição em virtude da vacância dos cargos de Oficial de Justiça e Oficial de Justiça e Avaliador, seja motivada pela aposentadoria, remoção, exoneração, demissão ou falecimento.

[...]

Art. 8º As substituições deverão se efetivar da seguinte forma:

III - Cargos efetivos (Oficial de Justiça e Oficial de Justiça e Avaliador): servidor efetivo do Poder Judiciário, com lotação na respectiva comarca, preferencialmente portador de diploma de curso superior em Direito.

Em acréscimo, registro que os efeitos da pandemia mundial oriunda da Covid-19 exigiu a adoção de inúmeras medidas de forte impacto nas áreas social, sanitária e econômica, trazendo consigo a necessidade de, quanto ao último ponto, readequação e, até mesmo, limitação de gastos e investimentos; no setor público, há imposição de rigoroso controle de despesas, inclusive pelos ditames da Lei Complementar n. 173/2020. Por isso, as contratações e reposições em quadro de pessoal merecem cautela e, sobretudo, exame maior de sua premente necessidade, considerando o todo de sua estrutura e não apenas de determinado segmento ou localidade. (fls. 257/258)

Como se vê, a anunciada suficiência das provas apresentadas não se confirma. Assim, tenho ainda por firme o fundamento lançado na decisão vergastada:

Quanto ao mais, tenho por não prosperar a tese autoral de preterição, em razão da inadequação da via eleita. É que a aferição do acerto do argumento demandaria inevitavelmente dilação probatória – vedada na via mandamental

– para verificar se, no caso examinado, a apontada designação de pessoal em regime precário seria, ou não, usada como artifício para burlar a nomeação dos candidatos aprovados em concurso público, mormente diante da informação prestada pela Impetrada, dando conta de que as funções são exercidas acumuladamente por servidores efetivos já integrantes do quadro.

Ademais, a jurisprudência do STJ tem se orientado de que mesmo a contratação de temporários (se fosse o caso) não caracteriza, só por si, preterição dos candidatos concursados. (fl. 341)

A segunda observação que faz a agravante foi vazada nos seguintes moldes:

A segunda observação a ser feita é a respeito da possibilidade de utilização das vias ordinárias para a busca do direito que aqui se afirma líquido e certo. Com todo o respeito ao argumento do eminente Relator, bem como à celeridade em que proferiu sua decisão monocrática (poucos dias após o parecer do Ministério Público Federal), vê-se que essa celeridade típica da ação mandamental não tem sido observada desde a origem. Observe-se que a petição inicial foi distribuída ao juízo competente em 09/02/2021 e apenas em 29/7/2021 o mérito foi julgado pela Câmara de Direito Público do TJ/SC (isso após insistentes contatos com a assessoria do relator para inclusão urgente em pauta). Ou seja, o que se observa, na prática, é que os prazos previstos no art. 7º e 12 da Lei 12.016/2009 não são atendidos, nem mesmo a preferência legal que se dá ao mandamus que, em tese, deve ser célere. Veja que, quase um ano após a distribuição da petição inicial, a impetrante não se viu diante de uma resolução de mérito justa e efetiva para o caso em análise.

Se a utilização da ação mandamental assim tramitou, por certo que o recurso às vias ordinárias em muito prejudicaria a efetividade da prestação jurisdicional, porquanto o decurso do tempo é justamente o que se teme nesse caso concreto. O tempo, certamente, é o bem jurídico que está aqui em jogo: o tempo transcorrido desde a homologação do certame sem a devida convocação para assumir o cargo; o tempo em que o certame permaneceu com prazo de validade suspenso; o tempo em que os técnicos judiciários exercem as funções de oficial de justiça em caráter precário; o tempo que deveria ser certo em uma designação que se diz temporária, mas que já perdura por mais de 2 anos e não tem prazo para findar. E ninguém tem dúvidas que, diante da efemeridade da vida e de todas as dificuldades vivenciadas em um período de pandemia mundial, o tempo é um dos bens jurídicos de maior valia para o ser humano. (fls. 351/352).

Ainda que aqui transcrito (tão somente para que não se alegue omissão), o argumento não merece ser conhecido, pois, a toda evidência, desborda dos fundamentos da decisão agravada

Por tudo isso, tenho que as razões recursais declinadas pela Autora não abalam os fundamentos sobre os quais se erige a decisão combatida, que permanece incólume.

Ante o exposto, encaminho meu voto no sentido de *negar provimento* ao presente agravo interno, mantendo íntegra a decisão impugnada.

É como voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 56.528-DF
(2018/0022140-3)**

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Recorrente: Messer Gases Ltda.

Outro Nome: Linde Gases Ltda

Advogados: Luiz Gustavo Rocha Oliveira Rocholi - MG072002

Felipe Alves Pacheco - MG108711

Fernanda Assis Souza - MG104873

Thiago Magalhaes Freitas Sa - MG167050

Recorrido: Distrito Federal

Procurador: Bruno Novaes de Borborema e outro(s) - DF033806

EMENTA

Direito Constitucional e Administrativo. Recurso em mandado de segurança. Contratações realizadas pela Administração Pública. Fornecimento de serviços. Despesas relativa à exercícios anteriores. Ordem cronológica. Princípio da anualidade orçamentária. Rubrica distinta. Observância ao artigo 5 da Lei 8.666/93. Ausência de direito líquido e certo.

1. Considerando que o recurso foi interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015, devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele previsto, conforme Enunciado Administrativo n. 3/2016/STJ.

2. Os autos são oriundos de mandado de segurança impetrado por Linde Gases Ltda. contra ato imputado ao Secretário de Saúde do Distrito Federal, consubstanciado na realização de pagamentos de

serviços prestados a seu favor com desrespeito à ordem cronológica prevista nos artigos 1º e 2º da Lei Distrital n. 5.760/2016, 5º da Lei 8.666/93 e na própria Constituição Federal.

3. O impetrante explica que as notas fiscais cujo pagamento está sendo preterido foram emitidas e atestadas em 2014 e, com a mesma fonte de recursos, o GDF vem pagando notas emitidas e atestadas em 2017.

4. Ocorre que a Lei Distrital 5.760/16, que determinava, em seu artigo 3º, a observância de pagamento em ordem cronológica e “custeadas pela mesma fonte de recursos, ainda que sejam originárias de exercício encerrado”, foi definitivamente declarada inconstitucional pelo Conselho Especial do TJDFT, no bojo da ADI n. 2017.00.2.004857-3, Rel. Ana Maria Amarante, julgado em 20.03.2018, DJe 04.04.2018.

5. Além disso, a exigência contida no art. 5º da Lei 8.666/93, de respeito à ordem cronológica “para cada fonte diferenciada de recursos”, não pode ser interpretada isoladamente no ordenamento jurídico brasileiro, mas sim em conjunto com a Constituição e as normas financeiras e orçamentárias aplicáveis, que impõem a anualidade dos orçamentos da Administração Pública, cuja lógica estabelece que despesas de exercícios anteriores não devem prejudicar o orçamento do exercício subsequente, pois devem ser custeadas com recursos financeiros do exercício que foram realizadas.

6. Diante disso, não há como se afastar da conclusão adotada pelo acórdão de origem, no sentido de que os pagamentos de despesas públicas devem observar a dotação orçamentária e financeira do exercício em curso, de forma que as despesas atinentes aos exercícios findos se inserem em uma rubrica distinta, cuja cronologia do pagamento a ser observada é outra, específica para os exercícios anteriores.

7. Entender de forma diversa, implicaria na desvirtuação do planejamento orçamentário e financeiro anual do Governo do Distrito Federal, com a paralisação de todas as despesas correntes do ano em curso até a quitação total das dívidas deixadas pelo exercício anterior, em afronta aos princípios da continuidade do serviço público e da anualidade orçamentária.

8. Não há falar, portanto, em desrespeito ao disposto no artigo 5º da Lei 8.666/93 e tampouco em direito líquido e certo da impetrante, eis que não demonstrou a alegada preterição do seu débito em relação à ordem cronológica de pagamentos de exercícios anteriores.

9. Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de abril de 2022 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 27.4.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso em mandado de segurança interposto por Linde Gases Ltda. contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, assim ementado (fl. 280):

Direito Constitucional. Mandado de segurança. Alegação de não observância da ordem cronológica de pagamento por fornecimento e serviços à Secretaria de Saúde do Distrito Federal prestados pela impetrante atinente ao exercício de 2014. Exercícios anteriores. Cumprimento do estatuído no art. 5º da Lei 8.666/93 e na Lei Distrital 5.760/2016. Direito líquido e certo. Inexistência. Segurança denegada.

1 – A ordem cronológica de pagamento das despesas decorrentes das contratações de serviços e obras e das aquisições realizadas pela Administração Pública dos Poderes Executivo e Legislativo do Distrito Federal, prevista na Lei n. 8.666/93 e na Lei Distrital n. 5.760/16, devem observar a dotação orçamentária e financeira do exercício em curso, uma vez que as despesas atinentes a exercícios

findos possuem rubrica distinta, sendo que a cronologia do pagamento a ser observada é a de exercícios anteriores.

2 – A parte final do artigo 3º da Lei Distrital n. 5.760/2016, que determinava a observância de pagamento em ordem cronológica, “e custeadas pela mesma fonte de recursos, ainda que sejam originárias de exercício encerrado” foi suspensa liminarmente por decisão do Conselho Especial do TJDF no bojo da ADI n. 2017.00.2.004857-3.

3 – Certo é que o orçamento segue o princípio da anualidade e, assim, as dívidas reconhecidas voluntariamente pelo Distrito Federal e que passaram de um ano para outro são incluídos em restos a pagar ou em exercícios anteriores, que possuem rubricas diferentes (fontes de recursos distintas), pois o exercício financeiro e orçamentário do ano em curso não se confunde com os exercícios findos e, assim, não tendo a Impetrante demonstrado que houve preterição quanto a seu débito em relação a ordem cronológica de pagamento de exercícios findos, inexistente direito líquido e certo. Agravo Interno prejudicado.

Em suas razões recursais, a empresa recorrente aduz que o Distrito Federal vem, reiteradamente, permitindo a realização de pagamentos com desrespeito à ordem cronológica prevista na disposto no art. 5º da Lei 8.666/93, bem como no 1º e 2º da Lei Distrital n. 5.760/2016 e na própria Constituição Federal.

Explica que as Notas Fiscais cujo pagamento é reclamado foram emitidas e atestadas em 2014 e, com a mesma fonte de recursos, o GDF vem pagando notas emitidas e atestadas em 2017, destacando que “*negar-se força e reconhecimento à imposição legal de observância à ordem cronológica significa anuir com o comportamento do Estado de esquivar-se dos pagamentos dos seus fornecedores antigos, visto que seus débitos seriam esquecidos ano a ano, o que claramente não pode ser tolerado dentro de um Estado de Direito*” (fls. 317).

Adiante, esclarece que o presente mandamus foi impetrado com o único objetivo de se garantir o cumprimento, pelo Distrito Federal, da ordem cronológica quando da quitação dos seus débitos, não configurando, portanto, a vedada pretensão de cobrança de débitos na via mandamental.

Em seguida, defende que: i) “*a preferência de credores de exercícios anteriores para o recebimento de pagamentos sobrevive nos exercícios financeiros subsequentes*” (fls. 321); ii) “*o novo orçamento não pode ignorar as dívidas pretéritas, as quais deverão ser computadas nos orçamentos seguintes até serem integralmente quitadas*” (fls. 322); iii) “*os valores devidos à Recorrente desde o ano de 2014 não são enquadráveis nas hipóteses que permitem a inscrição do débito na dotação “despesas de exercícios anteriores”*” (fls. 323), mas sim como restos a pagar processados, os quais não podem ser cancelados antes da prescrição quinquenal.

Em contrarrazões, o Distrito Federal alega, inicialmente, que a lei distrital invocada pela recorrente “*está sendo objeto de questionamento na ação direta de inconstitucionalidade n. 2017.00.2.004857-3, em trâmite perante o Conselho Especial do TJDFT, na qual foi deferida medida liminar para suspender a sua aplicabilidade até o julgamento final da ação*” (fls. 336), por aparente inconstitucionalidade formal.

Adiante, defende que “*a pretensão deduzida, no sentido de que despesas realizadas e não pagas em exercício pretérito (2014) impeça todo e qualquer outro pagamento com aquela rubrica, com todas as vênias, viola o princípio da anualidade orçamentária*” (fls. 343).

A esse respeito, aduz que a ordem cronológica das despesas do exercício atual é distinta da ordem cronológica das despesas dos exercícios anteriores, posto que a “*a lógica constitucional estabelecida pelo Princípio da Anualidade é que as Despesas de Exercícios Anteriores não devem prejudicar o orçamento do exercício subsequente, pois devem ser custeadas com recursos financeiros do exercício em que foram realizadas. Com isso, mantém-se o equilíbrio orçamentário dentro do regime de competência legal, e, sobretudo, as fontes de financiamento do exercício seguinte não são comprometidas por dívidas de exercícios anteriores*” (fls. 348).

Esclarece que possui um passivo enorme, o qual está sendo quitado gradualmente, com respeito às normas gerais de direito financeiro e orçamentário para o pagamento de “*Débitos de Exercícios Anteriores*”, tais como aquelas decorrentes dos arts. 35 a 37 da Lei 4.320/64 e do art. 50 da LC 101/2000, sem, no entanto, comprometer a continuidade dos contratos atuais, posto que, “*caso os fornecedores atuais tivessem os seus créditos suspensos em prol do pagamento da dívida anterior, a população seria privada dos mais básicos serviços públicos, como saúde, segurança e educação*” (fls. 345).

Ao final, assevera que a pretensão viola o princípio da separação dos poderes e da reserva da Administração (art. 2º c/c 165 da CF), sendo certo que não há espaço à intervenção do Poder Judiciário no conteúdo do ato administrativo.

O MPF opinou pelo provimento do recurso, nos termos da seguinte ementa (fls. 377):

Direito Processual Civil e Financeiro. Recurso ordinário em mandado de segurança. Contrato administrativo. Pagamento. Pretensão de que se observe a ordem cronológica. *Writ* que não é substitutivo de ação de cobrança. Prestação de serviços ao governo no ano de 2014. Pagamento em exercício financeiro

diverso. Direito adquirido ao pagamento da dívida. Obrigação de observância da ordem cronológica de pagamentos. Princípios da legalidade e moralidade administrativas. Lei de Responsabilidade Fiscal. Impossibilidade de o titular do poder, nos dois últimos quadrimestres do mandato, criar débitos que não possam ser pagos no mesmo exercício financeiro. Direito líquido e certo demonstrado. Parecer pelo provimento do recurso.

É o relatório. Decido

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Consigne-se inicialmente que o recurso foi interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015, devendo ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele previsto, conforme Enunciado Administrativo n. 3/2016/STJ.

Os autos são oriundos de mandado de segurança impetrado por Linde Gases Ltda. contra ato imputado ao Secretário de Saúde do Distrito Federal, consubstanciado no pagamento por fornecimento, locações e serviços prestados a seu favor sem respeitar a ordem cronológica, em total afronta ao disposto nas Leis 8.666/93, 5.760/16 e à própria Constituição Federal.

Para tanto, explicou que as notas fiscais cujo pagamento é reclamado foram emitidas e atestadas em 2014 e, com a mesma fonte de recursos, o GDF vem pagando notas emitidas e atestadas em 2017, bem mais antigas que as suas e também de inúmeras outras empresas.

Ao final, pugnou pela concessão da ordem a concessão de ordem para determinar à autoridade coatora que se abstenha de “*de quitar qualquer fatura ou nota fiscal utilizando-se da fonte de recurso n. 138003467 (Convênio 0003467/05 – GDF/SES/FNS/MS – 000073-0) sem respeitar a ordem cronológica de pagamentos*” (fls. 11).

O Tribunal de origem entendeu por bem denegar a ordem, aos fundamentos de que: i) a ordem cronológica de pagamento das despesas públicas, prevista na Lei n. 8.666/93 e na Lei Distrital n. 5.760/16, devem observar a dotação orçamentária e financeira do exercício em curso (princípio da anualidade), uma vez que as despesas atinentes a exercícios findos possuem rubrica distinta, sendo que a cronologia do pagamento a ser observada é a de exercícios anteriores; ii) a parte final do art. 3º da Lei Distrital n. 5.760/2016, que determinava a observância de pagamento em ordem cronológica ainda que as despesas fossem

“originárias de exercício encerrado”, foi suspensa liminarmente por decisão do Conselho Especial do TJDFT; e iii) a impetrante não demonstrou a alegada preterição do seu débito em relação à ordem cronológica de pagamentos de exercícios anteriores.

Na presente insurgência a recorrente aduz que, não obstante a suspensão cautelar de parte da Lei Distrital 5.760/2016, “a norma positivada no art. 5º da Lei 8.666/93, bem como as regras nacionais de direito financeiro, são, por si só, suficientes para exaltar o direito líquido e certo ora perquerido” (fls. 325), tendo em vista a necessidade de se observar a continuidade do orçamento, não podendo de desconsiderar as dívidas dos exercícios anteriores, em razão do disposto nos artigos 5º e 45 da LC 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Defende, também, que não estão presentes as hipóteses do artigo 37 da Lei 4.320/64, que permite a inscrição de débitos como “despesas de exercícios anteriores”.

Com efeito, a despeito do esforço argumentativo empreendido pelo recorrente, tem-se que não lhe assiste razão.

Diz-se isso primeiramente porque a Lei Distrital 5.760/16, utilizada pelo recorrente como um dos fundamentos para justificar sua pretensão, foi definitivamente declarada inconstitucional pelo Conselho Especial do TJDFT, no bojo da ADI n. 2017.00.2.004857-3, Rel. Ana Maria Amarante, julgado em 20.03.2018, DJe 04.04.2018.

Tal norma dispunha sobre a ordem cronológica de pagamento a ser obedecida no âmbito das contratações e aquisições realizadas pela Administração Pública dos Poderes Executivo e Legislativo do Distrito Federal, sendo que, no seu artigo 3º, determinava a observância de pagamento em ordem cronológica e “custeadas pela mesma fonte de recursos, ainda que sejam originárias de exercício encerrado”, senão vejamos:

Art. 3º Não é paga a despesa, ainda que atestada, enquanto houver outras mais bem classificadas na ordem cronológica e custeadas pela mesma fonte de recursos, ainda que sejam originárias de exercício encerrado

Na oportunidade, assentou a relatora que a referida legislação distrital, a pretexto de disciplinar o contido no já mencionado art. 5º da Lei Federal 8.666/90, acabou por incorrer em diversas inconstitucionalidades, especialmente por “ter restringido a uma só fonte de recursos, receitas destinadas ao pagamento de despesas do exercício atual com aquelas advindas de exercícios anteriores, quando a norma geral federal é explícita no sentido de determinar a observância da ordem cronológica de pagamentos para cada fonte diferenciada de recursos”.

Ressaltou que “a lei impugnada não só invadiu a competência da União, como ainda contrariou normas gerais de direito financeiro contidas nas Leis n. 4.320/64 (arts. 35 a 37) e na Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar n. 101/2000, especialmente porque determinou que despesas de outros exercícios findos fossem pagas com prioridade sobre despesas do exercício corrente, utilizando a mesma fonte orçamentária, em nítido desrespeito ao princípio da anualidade orçamentária e ao regime de competência que rege a contabilidade pública, instituído pelas Leis 4.320/64 e pela Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 50)”.

E, por fim, consignou que a lei atacada “constitui também um convite à burla do dever legal de o titular de Poder não contrair dívidas em fim de mandato que não possam ser cumpridas integralmente dentro dele, tal como estabelecido pelo art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal”, além de suas disposições modificarem completamente as leis orçamentárias e priorizarem “o pagamento de dívidas bilionárias de gestões anteriores, impedindo a liberdade de o Governo atual gerir o orçamento”.

No que diz respeito ao outro fundamento apontado pela recorrente para embasar seu alegado direito líquido e certo, qual seja, a incidência do artigo 5º da Lei 8.666/93, tampouco merece êxito a insurgência.

O referido dispositivo legal dispõe que a Administração Pública deve adimplir suas obrigações financeiras contratuais observada, em regra e para cada fonte diferenciada de recursos, a ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, senão vejamos:

Art. 5º Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada.

Ocorre que, tal exigência, de respeito à ordem cronológica “para cada fonte diferenciada de recursos”, não pode ser interpretada isoladamente no ordenamento jurídico brasileiro, mas sim em conjunto com a Constituição e as normas financeiras e orçamentárias aplicáveis, que impõem a anualidade dos orçamentos da Administração Pública, cuja lógica estabelece que despesas de exercícios anteriores não devem prejudicar o orçamento do exercício

subsequente, pois devem ser custeadas com recursos financeiros do exercício que foram realizadas.

Nessa linha, são os artigos. 35 a 37 da Lei 4.320/64, que assentam que pertencem aos exercício financeiro apenas as despesas nele legalmente empenhadas, as quais serão consideradas restos a pagar, caso não pagas até o dia 31 de dezembro, destacando que as dívidas dos exercícios anteriores somente poderão ser pagas por dotação específica consignada no orçamento anual:

Art. 35. Pertencem ao exercício financeiro:

I - as receitas nele arrecadadas;

II - as despesas nele legalmente empenhadas.

Art. 36. Consideram-se Restos a Pagar as despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro distinguindo-se as processadas das não processadas.

Parágrafo único. Os empenhos que sorvem a conta de créditos com vigência plurienal, que não tenham sido liquidados, só serão computados como Restos a Pagar no último ano de vigência do crédito.

Art. 37. As despesas de exercícios encerrados, para as quais o orçamento respectivo consignava crédito próprio, com saldo suficiente para atendê-las, que não se tenham processado na época própria, bem como os Restos a Pagar com prescrição interrompida e os compromissos reconhecidos após o encerramento do exercício correspondente poderão ser pagos à conta de dotação específica consignada no orçamento, discriminada por elementos, obedecida, sempre que possível, a ordem cronológica.

Diante disso, não há como se afastar da conclusão adotada pelo acórdão de origem, no sentido de que os pagamentos de despesas públicas devem observar a dotação orçamentária e financeira do exercício em curso, de forma que as despesas atinentes aos exercícios findos se inserem em uma rubrica distinta, cuja cronologia do pagamento a ser observada é outra, específica para os exercícios anteriores.

É dizer que o exercício financeiro atual não se confunde com os exercícios findos, que são pagos por rubricas distintas. As normas orçamentárias determinam o pagamento de exercícios anteriores em separado do pagamento das verbas do exercício atual, sendo que a ordem cronológica das despesas do exercício atual também é distinta da ordem cronológica das despesas dos exercícios anteriores.

O pagamento de dívidas anteriores deve ser realizado por meio de dotação orçamentária própria, específica para “Despesas de Exercícios Anteriores”, sem

prejuízo do pagamento das verbas atuais, relativas aos serviços essenciais à sociedade e à Administração, que possuem rubrica distinta.

Entender de forma diversa, mediante uma interpretação literal da exigência contida no artigo 5º da Lei 8.666/93, implicaria na desvirtuação do planejamento orçamentário e financeiro anual do Governo do Distrito Federal, com a paralisação de todas as despesas correntes do ano em curso até a quitação total das dívidas deixadas pelo exercício anterior, em afronta aos princípios da continuidade do serviço público e da anualidade orçamentária.

Ademais, a alegação de que o gestor público deve observar limitações nos últimos quadrimestres do mandato, devendo-se abster de gastos que não possam ser adimplidos naquele exercício (art. 42 da LC 101/2000), não autoriza que, eventualmente desobservado tal dever, o débito haja de ser pago independentemente da observância das normas financeiras e orçamentárias aplicáveis, tal como aquele segundo a qual o gasto haverá de ser incluído em rubrica própria.

Isso tudo considerado, não há falar, portanto, em desrespeito ao disposto no artigo 5º da Lei 8.666/93 e tampouco em direito líquido e certo da impetrante, eis que não demonstrou a alegada preterição do seu débito em relação à ordem cronológica de pagamentos de exercícios anteriores.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 67.416-SE
(2021/0299685-0)**

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Recorrente: Paulo Roberto Fonseca Barbosa

Advogado: Márcio Macêdo Conrado - SE003806

Recorrido: Estado de Sergipe

Procurador: Ronaldo Ferreira Chagas e outro(s) - SE002064

EMENTA

Administrativo. Servidor público. Recurso em mandado de segurança. Magistrado em gozo de licença para capacitação no exterior. Suspensão da percepção de Gratificação por Exercício Cumulativo de Jurisdição ou Acumulação de Acervo Processual e de Gratificação de Direção de Fórum. Vantagens de caráter eventual e temporário. Interrupção automática do pagamento em virtude da ausência de preenchimento dos requisitos legais. Possibilidade. Existência de processo administrativo no qual houve o exercício da ampla defesa. Ausência de direito líquido e certo à manutenção das vantagens.

1. Cuida-se de recurso em mandado de segurança interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe que denegou o *writ* do autor, no que tange ao pedido de manutenção do pagamento das vantagens denominadas “*Retribuição por Direção de Fórum*” e “*Gratificação pelo Exercício Cumulado de Jurisdição ou Acumulação de Acervo Processual*”, no período de 20/12/2019 a 19/9/2020, durante o qual o magistrado impetrante gozava de licença para participar de curso de doutorado no exterior, concedendo, no entanto, em parte a ordem apenas para isentá-lo de devolver os valores anteriormente recebidos de boa-fé.

2. Nos termos dos arts. 1º da Lei Complementar Estadual 327/2019 e 1º da Lei Complementar Estadual 239/2014, c/c o art. 5º, II, *b, c e d*, da Resolução/CNJ n. 13/2006, as referidas vantagens possuem caráter eventual e temporário, vinculando-se o seu pagamento ao efetivo exercício das atividades a elas relacionadas.

3. No que toca especificamente à “*Retribuição por Direção de Fórum*”, existindo previsão legal expressa no sentido de que o pagamento da referida vantagem somente seria devido nos casos de afastamentos vinculados a “*férias, licença-maternidade, licenças para tratamento da própria saúde ou de pessoa da família, ou outros afastamentos inferiores a dez dias*”, torna-se inviável estender tal comando normativo à hipótese ali não contemplada, ante a necessidade de reverência ao princípio de hermenêutica segundo o qual “*não compete ao intérprete distinguir onde o legislador, podendo, não o fez, sob pena de violação do postulado da separação dos poderes*” (*AgInt no REsp 1.609.787/RS*, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 10/11/2017).

4. Recurso em mandado de segurança desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) e Benedito Gonçalves (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 29 de março de 2022 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 1º.4.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Trata-se de recurso em mandado de segurança interposto por *Paulo Roberto Fonseca Barbosa*, com fundamento no art. 105, II, *b*, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

Narram os autos que o recorrente impetrou o subjacente *mandamus* contra pretense ato ilegal e abusivo imputado ao Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, consubstanciado na decisão proferida nos autos do Processo Administrativo n. 0001521-18.2020.8.25.8825, pela qual determinou a suspensão do pagamento e a dedução retroativa das verbas referentes à Retribuição por Direção de Fórum e à Gratificação pelo Exercício Cumulado de Jurisdição ou Acumulação de Acervo Processual, no período de 20/12/2019 a 19/9/2020, em que o magistrado impetrante gozava de licença para estudar no exterior.

O Tribunal de origem concedeu a segurança parcialmente, nos termos da ementa que segue (fl. 325):

Mandado de segurança. Magistrado em gozo de licença para capacitação. Suspensão da percepção de Gratificação pelo Exercício Cumulativo de Jurisdição ou Acumulação de Acervo Processual e de Gratificação de Direção de Fórum após processo administrativo. Verbas de natureza propter laborem. Imperatividade do art. 1º, VIII e IX, da Lei Complementar Estadual n. 129/06. Compatibilidade com o exercício do poder hierárquico. Ausência de direito líquido e certo. Impossibilidade

de devolução dos valores percebidos equivocadamente. Boa fé do impetrante. Jurisprudência farta nesse sentido. Concessão parcial da ordem.

No que diz respeito à “*Gratificação pelo Exercício Cumulado de Jurisdição ou Acumulação de Acervo Processual*”, sustenta o recorrente que (fl. 358):

[...] a despeito da inegável classificação da pretendida verba remuneratória como *pro labore faciendo*, não é essa a tese que deverá prosperar no caso dos autos, fazendo-se mister, de pronto, a reforma do V. acórdão para a retomada do pagamento da referida verba remuneratória em benefício do juiz recorrente, que teve período de gozo de licença para capacitação profissional.

Nesse sentido, argumenta que a ilegalidade do ato apontado como coator reside nas seguintes premissas, *in verbis* (fls. 358/359):

- (i) A impossibilidade de se suprimir vantagem remuneratória percebida por juiz togado em descumprimento ao devido processo legal;
- (ii) A inviabilidade de se criar limitações ao recebimento de gratificação regulamentar; prevista em lei por intermédio de portaria
- (iii) Impedimento à subtração de vantagem remuneratória devida a magistrado, única e exclusivamente, em decorrência do gozo de licença para aperfeiçoamento profissional, haja vista que considerados os dias de afastamento por quaisquer licenças legalmente instituídas como de efetivo exercício de jurisdição.

Quanto ao primeiro ponto, assevera que a suspensão do pagamento da gratificação de acumulação de acervo processual bem como a ordem de descontos retroativos “*ocorre[ram] de forma repentina, sem ter-lhe sido facultado o exercício do contraditório e da ampla defesa*”, haja vista que “*não houve qualquer intimação prévia ao recorrente, para que ele pudesse apresentar suas razões, tendo sido proferida apenas a decisão repentina para que fosse suspensa sua gratificação, o que é vedado tanto em via de processos administrativos, quanto em vias de processos judiciais*” (fl. 359).

Em relação ao segundo ponto, afirma que (fl. 360):

[...] o ilegítimo decréscimo na remuneração mensal a que faz jus o juiz recorrente afronta ainda, diametralmente, o princípio mor da regência da atuação da Administração Pública, qual seja o da legalidade, na medida em que susta o pagamento de gratificação remuneratória prevista em lei com fundamento em limitação imposta por Portaria Regulamentadora que, diga-se de passagem, foge à competência da Presidência do TJSE, e inova irregularmente o ordenamento jurídico.

Segue aduzindo que a autoridade impetrante, a pretexto de regulamentar a Lei Complementar Estadual 327/2019, criadora da aludida gratificação, inseriu “*novo pré-requisito para o recebimento da referida vantagem remuneratória, qual seja o exercício efetivo de jurisdição, restringindo a sua hipótese de concessão, com base em critérios não antes previstos na sua lei de regência*” (fl. 360).

Daí asserir que (fl. 362):

[...] a questionada Portaria n. 05/2020, ao condicionar o pagamento da gratificação de acumulação de acervo processual ao efetivo exercício da atividade jurisdicional, por parte do magistrado, em clarividente inovação aos critérios legais indispensáveis ao recebimento da citada vantagem remuneratória, fere o princípio da legalidade, visto que restringe as suas hipóteses de incidência, na clara tentativa de excluir os magistrados em gozo de férias e de licenças, quando não há previsão nesse sentido na lei estadual que disciplina a matéria.

No que concerne ao terceiro e último ponto, defende o autor que o mero fato de a gratificação de acumulação de acervo processual se caracterizar como uma vantagem *propter laborem et pro labore faciendo*, por si só, não autoriza a suspensão de seu pagamento no caso concreto. Isso porque “*o gozo da licença ou férias oportuniza a percepção da gratificação porque compreendido pelo ordenamento jurídico vigente como se estivesse em pleno exercício da atividade extraordinária, sobretudo no caso de Magistrados, tendo em vista que são acobertados por garantias e prerrogativas, a exemplo da inamovibilidade, da vitaliciedade e da estabilidade financeira*” (fl. 364).

E complementa (fl. 364):

É de se ressaltar que a própria Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n. 35 de 1979) prescreve, em seu art. 73, que as causas de afastamento do magistrado, por justo motivo, não podem representar subtração de seus vencimentos e vantagens remuneratórias legalmente concedidas.

[...]

Ou seja, resta mais do que evidenciada a ilegalidade e abusividade do ato coator, como demonstrado em sede de mandado de segurança, notadamente quando, em manifesta infração ao devido processo legal e com base em portaria regulamentar que institui restrição ao exercício de direito previsto em lei, em nítido transbordo do seu poder regulamentar, impõe suspensão do pagamento da gratificação de acumulação de acervo processual em desfavor do magistrado recorrente que, mesmo afastado por concessão de licença para capacitação profissional, se encontra, nos termos da lei, em efetivo exercício de sua atividade jurisdicional. Indiscutível, portanto, o surgimento do direito subjetivo, líquido e

certo, em favor do juiz de direito recorrente, de pleitear, amparado na estabilidade financeira que lhe é conferida por lei quando afastado de suas atividades por justo motivo, o restabelecimento do pagamento da gratificação de acúmulo de acervo processual que lhe é devida, inclusive com efeitos retroativos, com a consequente restituição dos valores indevidamente descontados de sua remuneração mensal, razão pela qual merece reforma o V. acórdão recorrido.

De outro lado, aponta a existência de “*fato novo, consistente na publicação, no DJ, em 1 de julho de 2021, da Portaria Normativa n. 52/2021 – GP1 (que Altera a Portaria n. 76/2019 GP1, que estabelece a forma de pagamento da gratificação por exercício cumulativo de jurisdição ou de acervo processual, no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Sergipe)*” (fl. 368).

Segundo o recorrente (fl. 369):

[...] as alterações advindas com a publicação da referida Portaria Normativa n. 52/2021 – GP1, em conformidade com a Recomendação do CNJ, proporcionam o pagamento da gratificação de acervo e cumulação de unidade jurisdicional para os períodos ainda mais amplos, como de gozo de férias e afastamentos legais, para juízes designados exclusivamente para realização de audiências custódia e outras hipóteses, por exemplo.

Isto é, a edição normativa supracitada reafirma a lógica da interpretação conjunta das normas que consagram a estabilidade financeira da magistratura e disciplinam as causas legais de afastamento da atividade jurisdicional, afastando-se da intenção legislativa de impedir a subtração remuneratória ao magistrado que, em que pese afastado de suas funções jurisdicionais, permanece em exercício efetivo do seu mister, impondo-se, nesses termos, interpretar extensivamente a norma positivada em âmbito Estadual.

Ou seja, a edição e publicação da referida Portaria Normativa n. 52/2021 – GP1 pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe em 1 de julho de 2021, inclusive em momento posterior à prolação do próprio V. acórdão recorrido, acabou por reforçar ainda mais a tese de que as verbas remuneratórias percebidas pelo magistrado recorrente, a título de direção de fórum e acúmulo de acervo processual, apesar de classificadas juridicamente como gratificações pro labore fadando, devem continuar a integrar os vencimentos mensais de juiz afastado para fins de aperfeiçoamento profissional, circunstância prevista em lei que não tem o condão de afetar a estabilidade financeira da magistratura.

Diz-se circunstância prevista em lei, porque não é novidade alguma o fato de que o art. 73 da LOMAN é expresso no sentido de que:

[...]

Veja-se que é de se ressaltar, diferentemente do que defende a Eminente Presidência do TJSE, a prevalência da LOMAN, no caso concreto, em detrimento

de Lei Estadual ou de Portarias e Resoluções infra legais, posto que, apesar de anterior à Carta Magna de 1988, aquele diploma normativo foi recepcionado pelo legislador constituinte, através do art. 93, caput, da CF, a representar, nos termos da jurisprudência da Suprema Corte, verdadeiro estatuto orgânico do Poder Judiciário.

[...]

Desse modo, não pode a LOMAN, lei complementar de caráter nacional, ser derogada, no caso dos autos, por estadual ou normativos do E. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, sendo notável que o advento da Portaria Normativa n. 52/2021 – GP1, que Altera a Portaria n. 76/2019 GP1, que estabelece a forma de pagamento da gratificação por exercício cumulativo de jurisdição ou de acervo processual, no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Sergipe reforça a necessidade de uma interpretação mais extensiva do caso ora tratado, em atenção, inclusive, à exclusão *apenas* nas hipóteses previstas no art. 4º da Resolução TJSE n. 2 22/2019, sendo devida a gratificação nos caso dos autos, notadamente porque, segundo Luís Eduardo Schoueri, “as ordens jurídicas parciais devem conformar-se à ordem jurídica nacional na qual se inserem”.

Já em relação à retribuição financeira pelo exercício de direção do fórum, o recorrente se manifesta no sentido de que a ela se estendem os argumentos antes elencados para a manutenção “*Gratificação pelo Exercício Cumulado de Jurisdição ou Acumulação de Acervo Processual*”, acrescentando, outrossim, que (fls. 365/366):

[...] no caso dos autos, não se pode excluir o pagamento da verba remuneratória em questão ao magistrado afastado para cursar doutorado em direito, a pretexto de uma interpretação restritiva das normas de direito público – abalizadas pelo princípio da legalidade estrita –, até porque a legalidade estrita não pode ser empregada para relativizar a prerrogativa de estabilidade financeira conferida à magistratura, vide art. 73, inciso I, da LOMAN.

Isto é, deve ser considerada, ao contrário do que restou consignado no V. acórdão, como ilegal e abusiva subtração da gratificação pelo exercício de direção de fórum da remuneração mensal do juiz estadual recorrente, notadamente levando-se em consideração a inafastável interpretação extensiva que deve ser conferida ao art. 1º, § 5º, da Lei Complementar Estadual n. 129/2006, a fim de abarcar também a hipótese de gozo de licença para fins de capacitação profissional como legítima causa de afastamento de magistrado do exercício efetivo de suas atividades, com manutenção do pagamento da referenciada vantagem remuneratória.

Assim, a fim de melhor adequar a aplicação do ordenamento jurídico, especialmente nas situações em que se pretende fazer valer a proteção de um direito individual frente ao Poder Estatal, como no caso da salvaguarda da estabilidade financeira conferida à magistratura, exsurge como técnica

hermenêutica adequada a interpretação extensiva, que determina que o conteúdo e alcance da lei estejam insuficientemente expressos no texto normativo, ou seja, a lei teria dito menos do que queria.

E é justamente com base nessa premissa, de que a norma posta no art. 1º, § 5º, da Lei Complementar Estadual n. 129/2006, ao excepcionar tão somente as hipóteses de concessão de férias, de licença para tratamento de saúde e licença maternidade como únicas modalidades de afastamento de magistrado do exercício da atividade jurisdicional que permitem a manutenção do pagamento de gratificação pelo exercício de direção de fórum, excluindo, a priori, desse tratamento legal a licença para capacitação profissional, disse menos do que o que gostaria, na medida em que, dada a equiparação legal de todas essas justas causas de afastamento de julgador consagradas pela LOMAN, não podendo nenhuma delas importar em redução da remuneração do juiz afastado, e a importância conferida ao aperfeiçoamento profissional dos magistrados para a própria desenvoltura do exercício jurisdicional por parte do Estado, deve a licença para capacitação de juiz, via interpretação extensiva, ser incluída no rol previsto cotejado art. 1º, § 5º, da Lei Complementar Estadual n. 129/2006.

Por fim, requer o provimento do recurso a fim de que seja reformado o acórdão recorrido e integralmente concedida a segurança.

Contrarrazões às fls. 389/400.

O Ministério Público Federal, em manifestação do ilustre Subprocurador-Geral da República *Mario Jose Gisi*, entendeu pela desnecessidade da intervenção ministerial (fls. 431/433).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): Como relatado, cuida-se de recurso em mandado de segurança interposto por *Paulo Roberto Fonseca Barbosa* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe que denegou o subjacente *writ*, no que tange ao pedido de manutenção do pagamento das vantagens denominadas “*Retribuição por Direção de Fórum*” e “*Gratificação pelo Exercício Cumulado de Jurisdição ou Acumulação de Acervo Processual*”, no período de 20/12/2019 a 19/9/2020, durante o qual o magistrado impetrante gozava de licença para participar de curso de doutorado no exterior, concedendo, no entanto, em parte a ordem apenas para isentá-lo de devolver os valores anteriormente recebidos de boa-fé.

De início, verifica-se que a tese de nulidade do ato administrativo atacado, por ausência do devido processo legal, em que fossem assegurados ao impetrante a ampla defesa e o contraditório, confunde-se com o próprio mérito da impetração, motivo pelo qual serão examinados em conjunto.

Pois bem.

Extrai-se dos autos ser incontroverso, porquanto alegado tanto pela autoridade impetrada quanto pelo *Estado de Sergipe*, sem que fosse refutado pelo imperante, o fato de que (fl. 204):

[...] nunca houve decisão ou ato da Presidência gratificações do TJ/SE determinando o pagamento das referidas em favor do Impetrante. Na verdade, houve um ao as equívoco por parte da Divisão de Pagamento do Tribunal materializar os ditames das normas legais que instituíram verbas.

Tal distorção foi regularizada por determinação da da Presidência, no exercício regular da o atuação administrativa, e qual teve imediato conhecimento magistrado, conforme e-mails constantes do Processo Administrativo (SEI) n. 0001521-18.2020.8.25.8825. Ato contínuo, após a ciência da decisão, o impetrante apresentou sua defesa conforme fls. 58/67 do feito materializado.

A gratificação em tela foi criada pela Lei Complementar Estadual 327/2019, nos seguintes termos:

Art. 1º O inciso VIII do “caput” do art. 1º da Lei Complementar n. 129, de 21 de julho de 2006, com alterações introduzidas pelas Leis Complementares n. 132, de 30 de outubro de 2006, n. 178, de 21 de dezembro de 2009, n. 221, de 04 de maio de 2012, n. 239, de 04 de abril de 2014, n. 276, de 18 de novembro de 2016 e n. 306 de 05 de julho de 2018, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1º...

I –...

.....
VIII – Gratificação pelo exercício cumulativo de jurisdição ou acumulação de acervo processual, que o magistrado deve perceber em importância não superior a 1/3 (um terço) do subsídio para cada mês de atuação, a ser paga proporcionalmente em caso de período inferior, observado o teto remuneratório constitucional;
.....

Art. 2º A regulamentação do inciso VIII do “caput” do art. 1º da Lei Complementar n. 129, de 21 de julho de 2006, com a redação dada na forma do art. 1º desta Lei

Complementar, deve ocorrer por meio de Resolução do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

(Grifos nossos)

Calha anotar que a controvérsia em tela diz respeito ao pagamento de vantagem de natureza *propter laborem*, como consignado no acórdão recorrido e admitido pelo próprio impetrante, em suas razões recursais.

Ora, em sendo inerente a tal espécie de vantagem que seu pagamento tem por pressuposto o efetivo “*exercício cumulativo de jurisdição ou acumulação de acervo processual*”, a ser paga “*para cada mês de atuação*”, conclui-se que a ausência desses requisitos legais autoriza a que Administração, de imediato, faça cessar seu pagamento, sem a necessidade da prévia abertura de processo administrativo, mormente por não se cuidar de ato sancionador.

De toda sorte, cumpre acrescentar que, ao contrário do alegado pelo ora recorrente, teve ele oportunidade de se insurgir contra a suspensão da gratificação, de modo a apresentar à autoridade impetrada as razões pelas quais entendia necessária a manutenção daquela vantagem, conforme se extrai do Processo Administrativo (SEI) n. 0001521-18.2020.8.25.8825 (fls. 85/132).

Por sua vez, também não há falar em ofensa ao princípio da legalidade, pois a cessação do pagamento da gratificação em tela não decorreu de eventual limitação imposta por portaria regulamentadora, mas do fato de que os pressupostos legais para seu pagamento não mais estavam presentes no caso concreto.

De outra parte, não se extrai do art. 73 da LOMAN comando normativo capaz de assegurar ao recorrente a manutenção da gratificação pleiteada.

Referido diploma legal assim dispõe, *in litteris*:

Art. 73 - Conceder-se-á afastamento ao magistrado, sem prejuízo de seus vencimentos e vantagens:

- I - para frequência a cursos ou seminários de aperfeiçoamento e estudos, a critério do Tribunal ou de seu órgão especial, pelo prazo máximo de dois anos;
- II - para a prestação de serviços, exclusivamente à Justiça Eleitoral;
- III - para exercer a presidência de associação de classe.

Conquanto esse dispositivo legal estabeleça que o afastamento do magistrado para “*frequência a cursos ou seminários de aperfeiçoamento e estudos*” deverá ser concedido “*sem prejuízo de seus vencimentos e vantagens*”, tal regra não

tem o condão de alcançar as vantagens de caráter eventual e de natureza *proper labore*, como é o caso da gratificação criada pela Lei Complementar Estadual 327/2019.

Tal compreensão, inclusive, está em harmonia com o estabelecido pelo Conselho Nacional de Justiça, precisamente em sua Resolução n. 13/2006 (que “*Dispõe sobre a aplicação do teto remuneratório constitucional e do subsídio mensal dos membros da magistratura*”). Observe-se:

Art. 5º As seguintes verbas não estão abrangidas pelo subsídio e não são por ele extintas:

I - de caráter permanente: retribuição pelo exercício, enquanto este perdurar, em comarca de difícil provimento;

II - de caráter eventual ou temporário:

a) exercício da Presidência de Tribunal e de Conselho de Magistratura, da Vice-Presidência e do encargo de Corregedor;

b) *investidura como Diretor de Foro*;

c) *exercício cumulativo de atribuições*, como nos casos de atuação em comarcas integradas, varas distintas na mesma Comarca ou circunscrição, distintas jurisdições e Juizados especiais;

d) *substituições*;

e) diferença de entrância;

f) coordenação de Juizados;

g) direção de escola;

h) valores pagos em atraso, sujeitos ao cotejo com o teto junto com a remuneração do mês de competência;

i) exercício como Juiz Auxiliar na Presidência, na Vice-Presidência, na Corregedoria e no Segundo Grau de Jurisdição;

j) participação em Turma Recursal dos Juizados Especiais.

Parágrafo único. A soma das verbas previstas neste artigo com o subsídio mensal não poderá exceder os tetos referidos nos artigos 1º e 2º, ressalvado o disposto na alínea “h” deste artigo.

(Grifos nossos)

Pela leitura da LCE 327/2019 pode-se inferir que a “*Gratificação pelo exercício cumulativo de jurisdição ou acumulação de acervo processual*”, objeto da presente impetração, abrange algumas das verbas classificadas como de *caráter eventual* elencadas no inciso II do artigo 5º da Resolução n. 13/2006,

enquadrando-se nas alíneas *c* (exercício cumulativo de atribuições) e *d* (substituições), o que também evidencia o indiscutível caráter de contraprestação à atividade suplementar atribuída ao magistrado.

Nessa linha de entendimento, apresenta-se de todo irrelevante para o deslinde da controvérsia o alegado fato novo deduzido pelo recorrente, consubstanciado na edição da Portaria Normativa n. 52/2021 - GP1, pela singela razão de que tal espécie de ato infralegal não tem o condão de se sobrepor aos ditames contidos expressamente na Lei Complementar Estadual 327/2019.

Também, melhor sorte não socorre ao recorrente no que tange à retribuição para o exercício da Direção do Fórum, prevista na Lei Complementar Estadual 239/2014 (fls. 73/74):

Art. 1º O art. 1º da Lei Complementar n. 129, de 21 de julho de 2006, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 1º...

VIII — retribuição de 10% (dez por cento) do valor do respectivo subsídio mensal, quando substituir respondendo cumulativamente com o exercício da jurisdição que titulariza;

IX — retribuição de 5% (cinco por cento) do valor do respectivo subsídio mensal pelo *exercício da Direção do Fórum*.

.....
§ 4º As vantagens descritas nos incisos III e IV não são acumuláveis com aquela prevista no inciso VIII, prevalecendo, todavia, o maior percentual, quando mais de uma situação vier a ocorrer.

§ 5º *A retribuição de que trata o inciso IX não será devida nos afastamentos, salvo nos casos de férias, licença-maternidade, licenças para tratamento da própria saúde ou de pessoa da família, ou outros afastamentos inferiores a dez dias.*

§ 6º A retribuição descrita no inciso IX também não será devida em relação aos Fóruns Distritais e nas substituições inferiores a dez dias. (NR)

Art. 2º As despesas decorrentes da aplicação desta Lei Complementar devem correr à conta das dotações consignadas no Orçamento do Estado de Sergipe para o Poder Judiciário.

[...]

(Grifos nossos)

Da leitura desse dispositivo legal c/c o art. 5º, II, *b*, da Resolução/CNJ n. 13/2006, acima transcrita, extrai-se que a retribuição financeira em questão também possui caráter eventual e temporário, na medida em que vinculada ao exercício da Direção do Fórum pelo magistrado designado.

Ressalta-se, ainda, que, existindo previsão legal expressa no sentido de que o pagamento da referida vantagem somente seria devido nos casos de afastamentos vinculados a “*férias, licença-maternidade, licenças para tratamento da própria saúde ou de pessoa da família, ou outros afastamentos inferiores a dez dias*”, torna-se inviável estender tal comando normativo à hipótese ali não contemplada, ante a necessidade de reverência ao princípio de hermenêutica segundo o qual “*não compete ao intérprete distinguir onde o legislador, podendo, não o fez, sob pena de violação do postulado da separação dos poderes*” (*AgInt no REsp 1.609.787/RS*, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 10/11/2017).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso em mandado de segurança.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.222.547-RS (2010/0213489-0)

Relatora: Ministra Regina Helena Costa

Recorrente: Vonpar Refrescos S/A

Advogados: Gustavo Nygaard e outro(s) - RS029023

Rafael Mallmann - RS051454

Bruno Rodrigues Teixeira de Lima - DF031591

Recorrido: Fazenda Nacional

Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

EMENTA

Processual Civil. Tributário. Recurso especial. Código de Processo Civil de 1973. Aplicabilidade. Violação ao art. 535 do CPC/1973. Não ocorrência. IRPJ. CSLL. Base de cálculo. Incentivo fiscal. Regime especial de pagamento do ICMS. PRODEC. Pretensão de caracterização como renda ou lucro. Pacto federativo. Impossibilidade.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte, na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se, *in casu*, o Código de Processo Civil de 1973.

II - O Tribunal de origem apreciou todas as questões relevantes apresentadas com fundamentos suficientes, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao posicionamento jurisprudencial aplicável à hipótese. Inexistência de omissão.

III - Configura ilegalidade exigir, das empresas submetidas ao regime especial de pagamento do Programa de Desenvolvimento da Empresa Catarinense - PRODEC, a integração, à base de cálculo do IRPJ e da CSLL, do montante obtido com o incentivo fiscal outorgado pelo Estado de Santa Catarina, qual seja, o “[...] pagamento diferido do ICMS, relativo a 60% sobre o incremento resultante pelo estabelecimento da empresa naquele Estado-membro, e que será adimplido no 36º mês, sem correção monetária, sendo devidos apenas juros simples anuais de 4% (quatro por cento) [...]”.

IV - Ao considerar tal soma como lucro, o entendimento manifestado pelo Fisco (Ato Declaratório Interpretativo SRF n. 22/2003), sufraga, em última análise, a possibilidade de a União retirar, por via oblíqua, o incentivo fiscal que o Estado-membro, no exercício de sua competência tributária, outorgou.

V - Tal orientação leva ao esvaziamento ou redução do incentivo fiscal legitimamente outorgado pelo ente federativo, em especial porque fundamentado exclusivamente em ato infralegal.

VI - O modelo federativo abraça a concepção segundo a qual a distribuição das competências tributárias decorre dessa forma de organização estatal e por ela é condicionada.

VII - Em sua formulação fiscal, revela-se o princípio federativo um autêntico sobreprincípio regulador da repartição de competências tributárias e, por isso mesmo, elemento informador primário na solução de conflitos nas relações entre a União e os demais entes federados.

VIII - A Constituição da República atribuiu aos Estados-membros e ao Distrito Federal a competência para instituir o ICMS

e, por consequência, outorgar isenções, benefícios e incentivos fiscais, atendidos os pressupostos de lei complementar.

IX - A concessão de incentivo por ente federado, observados os requisitos legais, configura instrumento legítimo de política fiscal para materialização da autonomia consagrada pelo modelo federativo. Embora represente renúncia a parcela da arrecadação, pretende-se, dessa forma, facilitar o atendimento a um plexo de interesses estratégicos para a unidade federativa, associados às prioridades e às necessidades locais coletivas.

X - A tributação pela União de valores correspondentes a incentivo fiscal estimula competição indireta com o Estado-membro, em despreço à cooperação e à igualdade, pedras de toque da Federação.

XI - Não está em xeque a competência da União para tributar a renda ou o lucro, mas, sim, a irradiação de efeitos indesejados do seu exercício sobre a autonomia da atividade tributante de pessoa política diversa, em desarmonia com valores éticos-constitucionais inerentes à organicidade do princípio federativo, e em atrito com o princípio da subsidiariedade, que reveste e protege a autonomia dos entes federados.

XII - O abalo na credibilidade no programa estatal proposto pelo Estado-membro acarreta desdobramentos deletérios no campo da segurança jurídica, os quais não podem ser desprezados, porquanto, se o propósito da norma consiste em descomprimir um segmento empresarial de determinada imposição fiscal, é inegável que o ressurgimento do encargo, sob outro figurino, resultará no repasse dos custos adicionais às mercadorias.

XIII - A base de cálculo do tributo haverá sempre de guardar pertinência com aquilo que pretende medir, não podendo conter aspectos absolutamente impertinentes à própria materialidade contida na hipótese de incidência.

XIV - A 1ª Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o EREsp n. 1.443.771/RS, assentou que o crédito presumido de ICMS, a par de não se incorporar ao patrimônio da contribuinte, não constitui lucro, base imponible do IRPJ e da CSLL, sob o entendimento segundo o qual a concessão de incentivo por ente federado, observados

os requisitos legais, configura instrumento legítimo de política fiscal para materialização da autonomia consagrada pelo modelo federativo. Axiologia da *ratio decidendi* que afasta, igualmente, a pretensão de caracterização, como renda ou lucro, de montante outorgado, de igual forma, no contexto de incentivo fiscal relativo ao ICMS, o qual fora estabelecido, neste caso, no bojo do Programa de Desenvolvimento da Empresa Catarinense - PRODEC.

XV - Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Gurgel de Faria, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria (voto-vista), Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região), Benedito Gonçalves (Presidente) e Sérgio Kukina votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 08 de março de 2022 (data do julgamento).

Ministra Regina Helena Costa, Relatora

DJe 16.3.2022

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se de Recurso Especial interposto pela *Vonpar Refrescos S.A.* contra acórdão prolatado, por unanimidade, pela 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento de apelação, assim ementado (fl. 138e):

Tributário. IRPJ. CSLL. Subvenção para investimento. ICMS. Pagamento diferido. Impossibilidade.

1. O pagamento diferido do ICMS não equivale a subvenção para investimento.
2. Os juros e as atualizações monetárias sujeitos à condição suspensiva, como no caso do pagamento diferido do ICMS, configuram-se em incentivo sujeito à condição resolutiva, pelo que há de aplicar o Ato Declaratório interpretativo SRF n. 22/2003.

3. Face à condição suspensiva desses juros e correção monetária, as despesas não ocorreram ainda, pelo que não há como apropriar-se delas na apuração do resultado.

4. Apelo desprovido.

Opostos Embargos de Declaração, foram parcialmente acolhidos “[...] apenas para fins de prequestionamento” (fls. 149/153e; e fl. 151e).

Interposto Recurso Especial com amparo no art. 105, III, *a*, da Constituição da República, a Recorrente aponta ofensa aos dispositivos a seguir relacionados, alegando, em síntese:

I. Arts. 128, 460 e 535, II, do Código de Processo Civil – “[...] a sentença e o acórdão não apreciaram todas as causas de pedir elencadas na inicial. Em sua exordial, a ora recorrente sustentou seu pedido nas seguintes causas de pedir: [...] b) Independentemente da condição acima ser suspensiva ou resolutiva, incompatibilidade do ADI n. 22 com o art. 38, § 2º do DL 1598/77, com o art. 443, I, do RIR/99, com o conceito doutrinário e legal (Lei das S/A) de subvenção para investimento e com o benefício concedido pelo Estado de SC à recorrente, pois: b.1) o conceito doutrinário de “subvenção para investimento” é toda a vantagem fiscal concedida pelo Poder Público como contrapartida para a implantação ou expansão de empreendimentos; b.2) o Decreto-Lei n. 1.598/77, art. 38, § 2º, expressamente prevê que os valores ou vantagens concedidas pelo Poder Público para estimular a implantação ou expansão de empreendimentos econômicos, não integram o resultado tributável, devendo ser diretamente contabilizados à conta de reserva de capital, não sendo, portanto, alcançado pelo IRPJ e CSLL (conforme expressamente consta no art. 443, I, do RIR/99)” (fls. 161/162e);

II. Arts. 125, 126, 127 e 128 do Código Civil – “[...] se suspensiva fosse a condição, a Recorrente não teria o direito de recolher o ICMS diferido em 36 meses contados da data da ocorrência do fato gerador. Como ela possui tal direito desde então, aplicam-se os arts. 119 do Código Civil de 1916 e 127 e 128 do atual Código Civil, de idêntico conteúdo normativo, nitidamente contrariados pelo acórdão recorrido” (fl. 167e); e

III. Arts. 38, § 2º, do Decreto-Lei n. 1.598/1977 e 443, I, do RIR/1999 – “A dispensa de correção monetária e juros moratórios representa hipótese de redução do imposto porque implicam na redução do montante do crédito tributário decorrente da obrigação principal” (fl. 170e).

Com contrarrazões, o recurso foi admitido (fls. 185/189e; e fls. 191/192e).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa (Relatora):

I. Da admissibilidade do Recurso Especial

De acordo com o decidido pelo Plenário desta Corte, na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

Consigno que as questões federais debatidas se encontram satisfatoriamente prequestionadas.

Ademais, o Recurso Especial acha-se hígido para julgamento, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade e ausentes as questões prejudiciais e/ou preliminares a serem apreciadas.

O exame da apontada pretensão não demanda reexame fático-probatório, uma vez que todos os aspectos factuais e os processuais estão clara e suficientemente delineados no acórdão recorrido.

O pronunciamento impugnado, por sua vez, dirimiu a mencionada controvérsia baseado em fundamentos infraconstitucionais.

II. Do pleito de nulidade do acórdão recorrido por violação ao art. 535, II do CPC/1973

No tocante às apontadas omissões do acórdão recorrido acerca de todas as causas de pedir elencadas na exordial da presente demanda, destaco que o tribunal de origem enfrentou a controvérsia apresentada de forma satisfatória, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao posicionamento jurisprudencial aplicável.

Denota-se não haver omissão, contradição ou obscuridade no julgado impugnado, mas mera insistência recursal da Recorrente, que não se coaduna com as hipóteses do art. 535 do CPC/1973.

Haverá contrariedade ao art. 535 do estatuto processual civil – norma, repita-se, vigente por ocasião do julgamento na origem – quando a contradição/

omissão disser respeito à/ao fundamentação exposta/pedido, e não quando os argumentos invocados não restarem estampados no julgado, como pretende a Recorrente.

Ademais, o órgão jurisdicional não fica obrigado a responder um a um os questionamentos da parte se já encontrou motivação suficiente para fundamentar a decisão, sobretudo se notório o caráter de infringência (cf. *Corte Especial*, EDcl no AgInt nos EREsp n. 703.188/SP, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, julgado em 10/09/2019).

Não se verifica, portanto, omissão acerca de questão essencial ao deslinde da controvérsia e oportunamente suscitada, tampouco de outro vício a impor a anulação do julgado.

III. Delimitação da controvérsia

A *Vonpar Refrescos S.A.*, ora Recorrente, pretende “[...] que os ganhos obtidos mediante incentivo fiscal concedido pelo Estado de Santa Catarina, através do Programa de Desenvolvimento da Empresa Catarinense - PRODEC, sejam considerados como subvenção para investimento, de modo a não sofrer incidência do imposto sobre a renda e de contribuição social sobre tais valores” (fl. 133e do acórdão recorrido).

Discute-se, portanto, se tal regime especial de pagamento de imposto estadual, consistente no adimplemento “[...] diferido do ICMS, relativo a 60% sobre o incremento resultante pelo estabelecimento da empresa naquele Estado-membro, e que será adimplido no 36º mês, sem correção monetária, sendo devidos apenas juros simples anuais de 4% (quatro por cento) [...]”, constitui lucro, base impositiva do IRPJ e da CSLL.

Antes de delinear o ponto central para o adequado enfrentamento da controvérsia no contexto jurisprudencial atual, cumpre detalhar, brevemente, os contornos nos quais exsurge o montante objeto da tributação federal.

IV. Do regime especial de pagamento do ICMS no âmbito do Programa de Desenvolvimento da Empresa Catarinense - PRODEC

A integração, à base de cálculo do IRPJ e da CSLL, do montante obtido com o incentivo outorgado pelo Estado de Santa Catarina no bojo do Programa de Desenvolvimento da Empresa Catarinense - PRODEC, impõe a análise da natureza do “[...] pagamento diferido do ICMS, relativo a 60% sobre o

incremento resultante pelo estabelecimento da empresa naquele Estado-membro, e que será adimplido no 36º mês, sem correção monetária, sendo devidos apenas juros simples anuais de 4% (quatro por cento) [...].”

A rigor, cuida-se de desoneração fiscal, uma vez que o Estado de Santa Catarina efetivamente promoveu alívio fiscal à empresa produtora Recorrente, desobrigando-a do adimplemento no vencimento em data ordinária, bem ainda de parte dos juros moratórios aplicáveis, e da integralidade da soma relativa à incidência de correção monetária do período.

Ensina Roque Antônio Carrazza que os incentivos distinguem-se de benefícios fiscais, porquanto estes últimos “[...] são concedidos ‘de mão beijada’, isto é, sem que o contribuinte tenha que fazer algo, em favor do Estado, para usufruí-los” (*Curso de Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 1.035).

Diversamente, no caso de incentivo fiscal, a tônica do instituto é sinalagmática. Na espécie, há previsão de contrapartida do segmento empresarial contemplado – no caso, a implementação de “[...] projeto de expansão com aumento da capacidade atual de produção da linha PET, passando de 1.366.820 hectolitros/ano de refrigerantes para 3.018.730 hectolitros/ano [...]” (fl. 30e).

Isso considerado, conquanto o debate tenha sido travado, até o momento, em torno da categorização do incentivo fiscal em tela, o ponto a ser desvendado, em verdade, diz com o cabimento, diante do pacto federativo, da tributação da apontada ação indutora de comportamento de empresa do setor produtivo, a qual se dá por meio de desoneração relativa ao ICMS.

V. A incidência de Imposto sobre a Renda – IR e Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido – CSLL no âmbito da outorga de incentivo fiscal de ICMS à luz do contexto federativo

A Constituição da República contempla o Imposto sobre a Renda dentre aqueles de competência da União, acrescentando que “será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei”; e, de igual modo, a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL encontra-se inserida no âmbito da União:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

[...]

III - renda e proventos de qualquer natureza;

[...]

§ 2º O imposto previsto no inciso III:

I - será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei;

[...]

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

[...]

c) o lucro;

[...]

Vale recordar que a competência tributária consiste na aptidão para instituir tributos, descrevendo, por meio de lei, as suas hipóteses de incidência. No Brasil, o veículo de atribuição de competências, inclusive tributárias, é a Constituição da República. Tal sistemática torna-se especialmente relevante em um Estado constituído *sob a forma federativa*, com a peculiaridade do convívio de três ordens jurídicas distintas: a federal, a estadual/distrital e a municipal.

Não por outra razão, cuidou o legislador constituinte originário de alçar a Federação à categoria de cláusula pétrea, tornando-a intangível pelo Poder Constituinte Derivado, conforme o disposto no art. 60, § 4º, I. Daí porque, na dicção de Geraldo Ataliba, “[...] tanto o princípio republicano quanto o federal são postos como regras supraconstitucionais, princípios super-rígidos, pedras basilares de todo o sistema”, e “obrigam todos os intérpretes, desde o primeiro – lógica e cronologicamente (Biscaretti), o legislador – até o último – o judicial –, a submeterem às suas exigências todos os demais princípios e regras constitucionais e, com maior razão, infraconstitucionais” (*República e Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 45).

Como sabido, o *princípio republicano*, assim como o princípio da legalidade, constitui decorrência do princípio da segurança jurídica, que se apoia nas ideias de *certeza e igualdade*.

No modelo federativo fiscal, a Constituição dita o que pode cada pessoa política realizar em matéria tributária, demarcando os respectivos âmbitos de

atuação, no intuito de evitar conflitos entre a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios.

O modelo federativo por nós adotado abraça a concepção segundo a qual a distribuição das competências tributárias decorre dessa forma de organização estatal e por ela é condicionada.

A rigora, em sua formulação fiscal, revela-se o princípio federativo um autêntico sobreprincípio regulador da repartição de competências tributárias e, por isso mesmo, elemento informador primário na solução de conflitos nas relações entre a União e os demais entes federados.

Como corolário desse fracionamento de competências, o art. 155, XII, g, da Constituição da República, atribuiu aos Estados-membros e ao Distrito Federal a competência para instituir o ICMS – e, por consequência, outorgar isenções, benefícios e incentivos fiscais, atendidos os pressupostos de lei complementar.

Saliente-se tratar-se de tributo que, por constituir uma das principais fontes de receita para custeio do aparato estatal daquelas pessoas políticas, assegura condições para o exercício desembaraçado da *autonomia* constitucionalmente conferida às unidades da Federação.

A concessão de incentivo por Estado-membro ou pelo Distrito Federal, observados os requisitos legais, configura, portanto, instrumento legítimo de política fiscal para materialização dessa autonomia consagrada pelo modelo federativo. Embora represente renúncia à parcela da arrecadação, pretende-se, dessa forma, facilitar o atendimento a um plexo de interesses estratégicos *para a unidade federativa*, associados às prioridades e às necessidades locais coletivas.

Cabe lembrar, outrossim, que a Constituição da República hospeda vários dispositivos dedicados a autorizar certos níveis de ingerência estatal na atividade produtiva com vista a reduzir desigualdades regionais, alavancar o desenvolvimento social e econômico do país, inclusive mediante desoneração ou diminuição da carga tributária.

São exemplos dessas diretrizes constitucionais, de relevância para a análise do caso em tela, as previsões inseridas nos arts. 3º, (“Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”); 151, I (“É vedado à União: I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, *admitida a*

concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País – destaquei), e 155, § 2º, XII, alíneas e, f e g (“Cabe à lei complementar: [...] e) excluir da incidência do imposto [ICMS], nas exportações para o exterior, serviços e outros produtos além dos mencionados no inciso X, a; f) prever casos de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o exterior, de serviços e de mercadorias; g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”).

A questão exige a observância de valores ético-constitucionais da Federação, *limitadores do próprio exercício dessa competência*, como também pelo *princípio da subsidiariedade*, fator de salvaguarda da autonomia dos entes federados perante a atividade tributante federal.

Desse modo, a tributação, pela União, de valores correspondentes a incentivo fiscal, estimula competição indireta com o Estado-membro, em desapreço à *cooperação* e à *igualdade*, pedras de toque da Federação.

Naturalmente, não está em xeque a competência da União para tributar a renda ou o lucro, mas, sim, a irradiação de efeitos indesejados do seu exercício sobre a autonomia da atividade tributante de pessoa política diversa, em desarmonia com valores éticos-constitucionais inerentes à organicidade do princípio federativo, e em atrito com a subsidiariedade, “um princípio de bom senso”, no dizer do professor André Franco Montoro (*Federalismo e o fortalecimento do Poder Local no Brasil e na Alemanha*. Coleção Debates da Fundação Konrad Adenauer: Rio de Janeiro, 2002, p. 59), que reveste e protege a autonomia dos Estados-membros.

Paulo Caliendo ensina sobre o princípio da subsidiariedade no contexto federativo:

[...] o princípio da subsidiariedade pode e deve ser utilizado como cláusula de barreira contra a tendência centralizadora do sistema federativo brasileiro, *restabelecendo o equilíbrio e indicando a correta proporcionalidade entre os meios constitucionais e o fim geral a ser alcançado*. O princípio da subsidiariedade funciona neste caso como um adequado instrumento de controle do abuso e como *cláusula de correção*. *Desse modo, na presença de valores constitucionais distintos a serem alcançados, tais como o interesse nacional e a preservação das autonomias locais, o princípio da subsidiariedade funciona como um comando normativo a indicar que a busca do interesse geral não pode implicar esmagamento das instâncias inferiores ou da ação espontânea individual.*

(O Federalismo Fiscal e o Princípio da Subsidiariedade. *In Estado Federal e Tributação - Das origens à crise atual*. Organizadores Misabel Abreu Machado Derzi; Onofre Alves Batista Júnior; André Mendes Moreira. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. vol. I, pp. 100-110 – destaquei).

Dessarte, é razoável que a exegese em torno do exercício de competência tributária federal, *no contexto de estímulo fiscal legitimamente concedido por Estado-membro*, tenha por vetor principal um juízo de *ponderação* dos valores federativos envolvidos.

Registre-se que a doutrina, ao analisar a pretensão de que o crédito de ICMS poderia integrar as bases de cálculo do PIS e da COFINS, o tão conhecido Tema n. 69/RG, já afastava tal possibilidade por configurar, também, burla à Federação, nos seguintes termos:

[...] *entendimento contrário ofenderia o princípio federativo, na medida em que tributar crédito de ICMS implica intervir na tributação estadual, afetando a eficácia das imunidades e incentivos e fazendo com que, à impossibilidade de tributação ou renúncia tributária dos Estados corresponda tributação pela União, em transferência de recursos absolutamente desarrazoada, contrária à finalidade das normas de imunidade ou de incentivos.*

(PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário - Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 15ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 524 – destaquei).

É indubitoso, ademais, o caráter *extrafiscal* conferido pelo legislador estadual à desoneração, consistindo a medida em instrumento tributário para o atingimento de finalidade não arrecadatória, mas, sim, incentivadora de comportamento, com vista à realização de valores constitucionalmente contemplados.

Outrossim, o abalo na credibilidade no programa estatal proposto pelo Estado-membro, a seu turno, acarreta desdobramentos deletérios no campo da *segurança jurídica*, os quais não podem ser desprezados.

Deveras, se o propósito da norma consiste em descomprimir um segmento empresarial de determinada imposição fiscal, é inegável que o ressurgimento do encargo, ainda que sob outro figurino, resultará no repasse dos custos adicionais às mercadorias.

Importante realçar que a relação jurídica de outorga de incentivo fiscal difere da dogmática da relação obrigacional tributária convencional, porquanto, naquela, o contribuinte, ao atender aos requisitos normativos, titulariza o papel

de *credor do Estado*, enquanto o *Fisco torna-se devedor* do cumprimento das obrigações legais assumidas, consoante assinala José Eduardo Soares de Melo:

O direito à utilização, fruição ou realização dos incentivos – em termos lógicos e jurídicos – não pode ter vinculação ou atinência estrita ao regime jurídico de tributação, uma vez que, na referida relação jurídica, o contribuinte é o credor (sujeito ativo), enquanto o poder público qualifica-se como devedor (sujeito passivo). A relação eminentemente tributária consubstancia situação nitidamente oposta, ou seja, o poder público é o sujeito ativo, enquanto o contribuinte é o sujeito passivo.

(Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais. *In Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais*. Hugo de Brito Machado (coord.). São Paulo: Malheiros, 2015, p. 307).

No tocante à base de cálculo do tributo, impende destacar que essa haverá sempre de guardar conformidade com aquilo que pretende medir, não podendo conter aspectos estranhos, é dizer, absolutamente impertinentes à própria materialidade contida na hipótese de incidência.

No ponto, convém reavivar, conforme lição de Geraldo Ataliba, que “a base imponible é a dimensão do aspecto material da hipótese de incidência”, e, assim, “enquanto aspecto da hipótese de incidência, a base imponible é um conceito-legal, a que fica preso o intérprete”, e sua mensuração “só pode ser feita de acordo com o critério normativo que na base de cálculo (legal) se adota” (*Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros: 2016, pp. 108 e 110).

A esse respeito, já advertia, há muito, Alfredo Augusto Becker:

O critério de investigação da natureza jurídica do tributo que se demonstrará ser o único verdadeiramente objetivo e jurídico, parte da base de cálculo para chegar ao conceito do tributo. Este só poderá ter uma única base de cálculo. A sua conversão em cifra é que poderá variar de método: ou peso e/ou medida e/ou valor. Quando o método é o do valor, *surge facilmente o perigo de se procurar atingir este valor mediante a valorização de outro elemento que consistirá, logicamente, outra base de cálculo e com isto, ipso facto, desvirtuou-se o pretendido gênero jurídico do tributo. [...]”*.

(*Teoria Geral do Direito Tributário*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2007, p. 395 – destaquei).

Cumprir enfatizar, ademais, em sintonia com as diretrizes constitucionais apontadas, *o fato de a própria União ter reconhecido a importância da concessão de incentivo fiscal pelos Estados-membros e Municípios, prestigiando essa iniciativa*

precisamente com a isenção do IRPJ e da CSLL sobre as receitas decorrentes de valores em espécie pagos ou creditados por esses entes a título de ICMS e ISSQN, no âmbito de programas de outorga de crédito voltados ao estímulo à solicitação de documento fiscal na aquisição de mercadorias e serviços, nos termos da Lei n. 11.945/2009, verbis:

Art. 4º. Ficam isentas do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL as receitas decorrentes de valores em espécie pagos ou creditados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, relativos ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS e ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS, no âmbito de programas de concessão de crédito voltados ao estímulo à solicitação de documento fiscal na aquisição de mercadorias e serviços. (destaquei).

Visto o aspecto normativo, passo ao exame da jurisprudência pertinente.

VI. Panorama jurisprudencial

No plano jurisprudencial, não há precedentes específicos acerca do incentivo fiscal em tela – “[...] pagamento diferido do ICMS, relativo a 60% sobre o incremento resultante pelo estabelecimento da empresa naquele Estado-membro, e que será adimplido no 36º mês, sem correção monetária, sendo devidos apenas juros simples anuais de 4% (quatro por cento) [...]” – no âmbito da 1ª Seção e respectivas Turmas.

Porém, no que toca à inclusão do crédito presumido de ICMS na base de cálculo do IRPJ e CSLL, discussão correlata e, de igual forma, concernente ao apontado tributo estadual, oportuno rememorar da orientação desta Corte:

Tributário. Embargos de divergência em recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. ICMS. Créditos presumidos concedidos a título de incentivo fiscal. Inclusão nas bases de cálculo do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL. Inviabilidade. Pretensão fundada em atos infralegais. Interferência da União na política fiscal adotada por Estado-Membro. Ofensa ao princípio federativo e à segurança jurídica. Base de cálculo. Observância dos elementos que lhes são próprios. Relevância de estímulo fiscal outorgado por Ente da Federação. Aplicação do princípio federativo. ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins. Inconstitucionalidade assentada em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (RE n. 574.706/PR). Axiologia da *ratio decidendi* aplicável à espécie. Créditos presumidos. Pretensão de caracterização como renda ou lucro. Impossibilidade.

I - Controverte-se acerca da possibilidade de inclusão de crédito presumido de ICMS nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

II - O dissenso entre os acórdãos paradigma e o embargado repousa no fato de que o primeiro manifesta o entendimento de que o incentivo fiscal, por implicar redução da carga tributária, acarreta, indiretamente, aumento do lucro da empresa, insígnia essa passível de tributação pelo IRPJ e pela CSLL; já o segundo considera que o estímulo outorgado constitui incentivo fiscal, cujos valores auferidos não podem se expor à incidência do IRPJ e da CSLL, em virtude da vedação aos entes federativos de instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros.

III - Ao considerar tal crédito como lucro, o entendimento manifestado pelo acórdão paradigma, da 2ª Turma, sufraga, em última análise, a possibilidade de a União retirar, por via oblíqua, o incentivo fiscal que o Estado-membro, no exercício de sua competência tributária, outorgou.

IV - Tal entendimento leva ao esvaziamento ou redução do incentivo fiscal legitimamente outorgado pelo ente federativo, em especial porque fundamentado exclusivamente em atos infralegais, consoante declinado pela própria autoridade coatora nas informações prestadas.

V - O modelo federativo por nós adotado abraça a concepção segundo a qual a distribuição das competências tributárias decorre dessa forma de organização estatal e por ela é condicionada.

VI - Em sua formulação fiscal, revela-se o princípio federativo um autêntico sobreprincípio regulador da repartição de competências tributárias e, por isso mesmo, elemento informador primário na solução de conflitos nas relações entre a União e os demais entes federados.

VII - A Constituição da República atribuiu aos Estados-membros e ao Distrito Federal a competência para instituir o ICMS - e, por consequência, outorgar isenções, benefícios e incentivos fiscais, atendidos os pressupostos de lei complementar.

VIII - A concessão de incentivo por ente federado, observados os requisitos legais, configura instrumento legítimo de política fiscal para materialização da autonomia consagrada pelo modelo federativo.

Embora represente renúncia a parcela da arrecadação, pretende-se, dessa forma, facilitar o atendimento a um plexo de interesses estratégicos para a unidade federativa, associados às prioridades e às necessidades locais coletivas.

IX - A tributação pela União de valores correspondentes a incentivo fiscal estimula competição indireta com o Estado-membro, em despreço à cooperação e à igualdade, pedras de toque da Federação.

X - O juízo de validade quanto ao exercício da competência tributária há de ser implementado em comunhão com os objetivos da Federação, insculpido

no art. 3º da Constituição da República, dentre os quais se destaca a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III), finalidade da desoneração em tela, ao permitir o barateamento de itens alimentícios de primeira necessidade e dos seus ingredientes, reverenciando o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento maior da República Federativa brasileira (art. 1º, III, C.R.).

XI - Não está em xeque a competência da União para tributar a renda ou o lucro, mas, sim, a irradiação de efeitos indesejados do seu exercício sobre a autonomia da atividade tributante de pessoa política diversa, em desarmonia com valores éticos-constitucionais inerentes à organicidade do princípio federativo, e em atrito com o princípio da subsidiariedade, que reveste e protege a autonomia dos entes federados.

XII - O abalo na credibilidade e na crença no programa estatal proposto pelo Estado-membro acarreta desdobramentos deletérios no campo da segurança jurídica, os quais não podem ser desprezados, porquanto, se o propósito da norma consiste em descomprimir um segmento empresarial de determinada imposição fiscal, é inegável que o ressurgimento do encargo, ainda que sob outro figurino, resultará no repasse dos custos adicionais às mercadorias, tornando inócua, ou quase, a finalidade colimada pelos preceitos legais, aumentando o preço final dos produtos que especifica, integrantes da cesta básica nacional.

XIII - A base de cálculo do tributo haverá sempre de guardar pertinência com aquilo que pretende medir, não podendo conter aspectos estranhos, é dizer, absolutamente impertinentes à própria materialidade contida na hipótese de incidência.

XIV - Nos termos do art. 4º da Lei n. 11.945/09, a própria União reconheceu a importância da concessão de incentivo fiscal pelos Estados-membros e Municípios, prestigiando essa iniciativa precisamente com a isenção do IRPJ e da CSLL sobre as receitas decorrentes de valores em espécie pagos ou creditados por esses entes a título de ICMS e ISSQN, no âmbito de programas de outorga de crédito voltados ao estímulo à solicitação de documento fiscal na aquisição de mercadorias e serviços.

XV - O STF, ao julgar, em regime de repercussão geral, o RE n. 574.706/PR, assentou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob o entendimento segundo o qual o valor de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, constituindo mero ingresso de caixa, cujo destino final são os cofres públicos. Axiologia da *ratio decidendi* que afasta, com ainda mais razão, a pretensão de caracterização, como renda ou lucro, de créditos presumidos outorgados no contexto de incentivo fiscal.

XVI - Embargos de Divergência desprovidos.

(REsp 1.517.492/PR, de minha relatoria para o acórdão, Primeira Seção, julgado em 08/11/2017, DJe 01/02/2018).

No bojo desse paradigmático recurso, a 1ª Seção, ao apreciar os Embargos de Declaração opostos pela *Fazenda Nacional*, consignou que “[...] a pretensão de enquadramento dos créditos presumidos de ICMS *numa ou noutra categoria de subvenção* não tem o condão de interferir – menos ainda de elidir – a fundamentação adotada pelo acórdão embargado, calcada na ofensa ao princípio federativo” (destaquei).

E o voto condutor do apontado *decisum* integrativo, igualmente de minha lavra, prossegue:

Não bastasse isso, a 1ª Seção, ao assentar a inviabilidade da inclusão de tais créditos nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, também o fez com amparo em precedente vinculante do Supremo Tribunal Federal, julgado em repercussão geral, de cuja lógica e matriz argumentativa se extrai, apropriadamente, que o crédito de ICMS, a par de não se incorporar ao patrimônio do contribuinte, *não constitui lucro*.

Por conseguinte, uma vez *ausente a própria materialidade da hipótese de incidência do IRPJ e da CSLL*, revela-se desinfluyente, também sob esse viés, a classificação pretendida pela Embargante.

(destaques do original).

Ulteriormente, tal entendimento fora reafirmado pela 1ª Seção, inclusive com referência expressa pela inaplicabilidade da cláusula de reserva de plenário:

Processo Civil e Tributário. Embargos de divergência em recurso especial. Código de Processo Civil de 1973. Aplicabilidade. Créditos do Reintegra. Incidência de IRPJ e da CSLL. Divergência. Demonstração. Ausência. ICMS. Créditos presumidos concedidos a título de incentivo fiscal. Inclusão nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Inviabilidade. Tributação fundada em atos infralegais. Interferência da União na política fiscal adotada por Estado-Membro. Ofensa ao princípio federativo e à segurança jurídica. Base imponível. Observância dos elementos que lhes são próprios. Relevância de estímulo fiscal outorgado por Ente da Federação. Aplicação do princípio federativo. ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins. Inconstitucionalidade assentada em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (RE n. 574.706/PR). Axiologia da *ratio decidendi* aplicável à espécie. Créditos presumidos. Pretensão de caracterização como renda ou lucro. Impossibilidade. Cláusula de reserva de plenário. Inaplicabilidade. Precedentes. Recurso com o mister de conformar o acórdão embargado à tese já fixada e consolidada deste STJ.

[...]

IV - A discussão cognoscível cinge-se à exclusão de crédito presumido do ICMS das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, tema já pacificado por esta Seção na

apreciação do EREsp n. 1.517.492/PR, de minha relatoria para o acórdão, julgado em 08.11.2017, DJe 01.02.2018, e reafirmado por tal órgão jurisdicional, inclusive com referência expressa pela inaplicabilidade da cláusula de reserva de plenário no AgInt nos EDv nos EREsp n. 1.603.082/SC, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, julgado em 03.12.2019, DJe 05.12.2019.

V - O dissenso entre os acórdãos paradigma e o embargado repousa no fato de que o primeiro manifesta o entendimento de que o incentivo fiscal, por implicar redução da carga tributária, acarreta, indiretamente, aumento do lucro da empresa, insígnia essa passível de tributação pelo IRPJ e pela CSLL; já o segundo considera que o estímulo outorgado constitui incentivo fiscal, cujos valores auferidos não podem se expor à incidência do IRPJ e da CSLL, em virtude da vedação aos entes federativos de instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros.

VI - Ao considerar tal crédito como lucro, o entendimento manifestado pelo acórdão paradigma, da 2ª Turma, sufraga, em última análise, a possibilidade de a União retirar, por via oblíqua, o incentivo fiscal que o Estado-membro, no exercício de sua competência tributária, outorgou.

VII - Tal orientação leva ao esvaziamento ou redução do incentivo fiscal legitimamente outorgado pelo ente federativo, em especial porque fundamentado exclusivamente em atos infralegais, consoante declinado pela própria autoridade coatora nas informações prestadas.

VIII - O modelo federativo abraça a concepção segundo a qual a distribuição das competências tributárias decorre dessa forma de organização estatal e por ela é condicionada.

IX - Em sua formulação fiscal, revela-se o princípio federativo um autêntico sobreprincípio regulador da repartição de competências tributárias e, por isso mesmo, elemento informador primário na solução de conflitos nas relações entre a União e os demais entes federados.

X - A Constituição da República atribuiu aos Estados-membros e ao Distrito Federal a competência para instituir o ICMS e, por consequência, outorgar isenções, benefícios e incentivos fiscais, atendidos os pressupostos de lei complementar.

XI - A concessão de incentivo por ente federado, observados os requisitos legais, configura instrumento legítimo de política fiscal para materialização da autonomia consagrada pelo modelo federativo.

Embora represente renúncia a parcela da arrecadação, pretende-se, dessa forma, facilitar o atendimento a um plexo de interesses estratégicos para a unidade federativa, associados às prioridades e às necessidades locais coletivas.

XII - A tributação pela União de valores correspondentes a incentivo fiscal estimula competição indireta com o Estado-membro, em despreço à cooperação e à igualdade, pedras de toque da Federação.

XIII - O juízo de validade quanto ao exercício da competência tributária há de ser implementado em comunhão com os objetivos da Federação, insculpidos no art. 3º da Constituição da República, dentre os quais se destaca a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III), finalidade da desoneração em tela, ao permitir o barateamento de itens alimentícios de primeira necessidade e dos seus ingredientes, reverenciando o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento maior da República Federativa brasileira (art. 1º, III, CR).

XIV - Não está em xeque a competência da União para tributar a renda ou o lucro, mas, sim, a irradiação de efeitos indesejados do seu exercício sobre a autonomia da atividade tributante de pessoa política diversa, em desarmonia com valores éticos-constitucionais inerentes à organicidade do princípio federativo, e em atrito com o princípio da subsidiariedade, que reveste e protege a autonomia dos entes federados.

XV - O abalo na credibilidade e na crença no programa estatal proposto pelo Estado-membro acarreta desdobramentos deletérios no campo da segurança jurídica, os quais não podem ser desprezados, porquanto, se o propósito da norma consiste em descomprimir um segmento empresarial de determinada imposição fiscal, é inegável que o ressurgimento do encargo, sob outro figurino, resultará no repasse dos custos adicionais às mercadorias, tornando inócua, ou quase, a finalidade colimada pelos preceitos legais, aumentando o preço final dos produtos especificados.

XVI - A base de cálculo do tributo haverá sempre de guardar pertinência com aquilo que pretende medir, não podendo conter aspectos absolutamente impertinentes à própria materialidade contida na hipótese de incidência.

XVII - Nos termos do art. 4º da Lei n. 11.945/2009, a própria União reconheceu a importância da concessão de incentivo fiscal pelos Estados-membros e Municípios, prestigiando essa iniciativa precisamente com a isenção do IRPJ e da CSLL sobre as receitas decorrentes de valores, em espécie, pagos ou creditados por esses entes a título de ICMS e ISSQN, no âmbito de programas de outorga de crédito voltados ao estímulo à solicitação de documento fiscal na aquisição de mercadorias e serviços.

XVIII - O STF, ao julgar, em regime de repercussão geral, o RE n. 574.706/PR, assentou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob o entendimento de que o valor de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, constituindo mero ingresso de caixa, cujo destino final são os cofres públicos. Axiologia da *ratio decidendi* que afasta, com ainda mais razão, a pretensão de caracterização, como renda ou lucro, de créditos presumidos outorgados no contexto de incentivo fiscal.

XIX - O crédito presumido de ICMS, a par de não se incorporar ao patrimônio da contribuinte, não constitui lucro, base impositiva do IRPJ e da CSLL.

XX - Recurso que cumpre o singelo mister de conformar o acórdão embargado à tese já fixada e consolidada deste Superior Tribunal de Justiça (EREsp n. 1.517.492/PR).

XXI - Embargos de Divergência conhecidos em parte e, nessa extensão, providos.

(REsp 1.443.771/RS, de minha relatoria para o acórdão, Primeira Seção, julgado em 14/04/2021, DJe 28/04/2021).

Por fim, no tocante à entrada em vigor da Lei Complementar n. 160/2017, que alterou o disposto no art. 30 da Lei n. 12.973/2014, esta Corte fixou a compreensão segundo a qual a superveniência da apontada Lei Complementar, a qual categorizou o incentivo fiscal estadual como subvenção para investimento, *não tem o condão de alterar o entendimento* deste Superior Tribunal de Justiça de que a tributação federal do crédito presumido de ICMS representa violação do princípio federativo:

Tributário. Agravo interno nos embargos de divergência em recurso especial. Crédito presumido de ICMS. Inclusão. Bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Impossibilidade. Superveniência da Lei Complementar n. 160/2017. Inaplicabilidade.

1. A Primeira Seção desta Corte, por ocasião do julgamento dos EREsp 1.517.492/PR, pacificou o entendimento da não inclusão do crédito presumido de ICMS nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, ao fundamento de que a incidência de tributo federal sobre o incentivo fiscal de ICMS ofenderia o princípio federativo.

2. *A superveniência da Lei Complementar n. 160/2017, que promoveu alteração no art. 30 da Lei n. 12.973/2014, e passou a enquadrar o incentivo fiscal estadual como subvenção para investimento, não tem o condão de alterar o entendimento desta Corte de que a tributação federal do crédito presumido de ICMS representa violação do princípio federativo.*

3. Os EREsp 1.210.941/RS citado no agravo interno como pendente de julgamento, abrange situação diversa da tratada nos autos. Cumpre destacar que, naquela ocasião reconheceu-se a possibilidade de inclusão de crédito presumido de IPI na base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Já o fundamento adotado nos EREsp 1.517.492/SC, aplicado ao caso dos autos, tem como fundamento a ofensa ao princípio federativo, em decorrência da incidência de tributo federal sobre o incentivo fiscal de ICMS, circunstância que não se verifica, no caso do IPI.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt nos EREsp 1.528.697/SC, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 29/06/2021, DJe 12/08/2021 – destaquei).

Anotado o panorama jurisprudencial concernente à controvérsia similar, mormente sob o ponto de vista do princípio federativo, prossigo com a análise da pretensão deduzida.

VII. O caso concreto

No âmbito administrativo, após consulta formalizada ao Fisco, não se reconheceu o direito pleiteado, consoante consignado no Parecer Disit n. 59/2004, tendo sido apontado o Ato Declaratório Interpretativo SRF n. 22/2003 como fundamento do *decisum*.

A autoridade coatora, por sua vez, aponta que o proveito advindo do regime especial de pagamento do ICMS configura, tão somente, redução de custos e despesas (fl. 71e).

A Corte regional, por seu turno, assentou, adotando as razões lançadas no parecer ministerial, sua compreensão calcada, de igual forma, no quanto fixa o mencionado Ato Declaratório Interpretativo SRF, o qual “dispõe sobre o tratamento de incentivos concedidos pelo Poder Público às pessoas jurídicas, consistentes em empréstimos subsidiados ou regimes especiais de pagamento de impostos, em que os juros e a atualização monetária contratados incidem sob condição suspensiva”, assim expreso:

O *Secretário da Receita Federal*, no uso da atribuição que lhe confere o inciso III do art. 209 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, aprovado pela Portaria MF n. 259, de 24 de agosto de 2001, e tendo em vista o disposto nos arts. 374, 377 e 443 do Decreto n. 3.000, de 26 de março de 1999 - Regulamento do Imposto de Renda (RIR, de 1999), e o que consta do processo n. 10768.028583/98-01, declara:

Art. 1º Os incentivos concedidos pelo Poder Público às pessoas jurídicas, consistentes em empréstimos subsidiados ou regimes especiais de pagamento de impostos, em que os juros e a atualização monetária, previstos contratualmente, incidem sob condição suspensiva, não configuram subvenções para investimento, nem subvenções correntes para custeio.

Parágrafo único. *Os incentivos de que trata o caput configuram reduções de custos ou despesas, não se aplicando o disposto no art. 443 do RIR, de 1999.*

Art. 2º Os juros e a atualização monetária contratados, incidentes sob condição suspensiva, serão considerados despesas na apuração do Lucro Real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), quando implementada a condição.

Jorge Antonio Deher Rachid

(Publicado no DOU de 31/10/2003 – destaquei).

Além desse fundamento, o Tribunal de origem anotou: (i) o diferimento do pagamento não representa renúncia do Fisco ao tributo, aos juros e à

correção monetária, pois há, tão somente, adimplemento em parcela única em data diversa; (ii) os juros e a correção monetária são despesas não incorridas enquanto não implementada a condição suspensiva, sendo inviável, neste passo, sua apropriação no resultado do período; e (iii) a hipótese configura mera redução de custos ou despesas (fls. 134/137e).

In casu, trata-se de alívio fiscal na modalidade *incentivo*, indutor do desenvolvimento econômico regional, cujo objeto se refere à “concessão de incentivo do PRODEC [Programa de desenvolvimento da Empresa Catarinense] para o projeto de expansão com aumento da capacidade atual de produção da linha PET, passando de 1.366.820 hectolitros/ano de refrigerantes para 3.018.730 hectolitros/ano [...]” (fl. 30e). verifica-se, de fato, interferência na política fiscal, regime especial de pagamento, adotada pelo Estado-membro – Santa Catarina – mediante o exercício de competência tributária federal.

A outorga de prazo estendido para o pagamento de ICMS, com redução de encargos (integralidade da atualização monetária incidente no período; e parcela dos juros aplicáveis) insere-se em contexto de envergadura constitucional, instituída por legislação local específica do ente federativo tributante.

É esse montante, em torno do qual gravitam tais aspectos, que se pretende ver incluído nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, com fulcro, tão somente, em disposição contida em ato infralegal (Ato Declaratório Interpretativo SRF n. 22/2003), *olvidando a ausência da própria materialidade da hipótese de incidência do IRPJ e da CSLL*.

Compreensão contrária conduziria, outrossim, ao esvaziamento ou redução do incentivo fiscal legitimamente outorgado pelo ente federativo, consoante já assentado por este Superior Tribunal de Justiça em relação a incentivo – crédito presumido de ICMS – de idêntico contexto federativo.

Nesse cenário, considerar o valor advindo da postergação do pagamento de ICMS, com redução de encargos (atualização monetária; e parcela dos juros aplicáveis) como *lucro* sufraga, em última análise, *a possibilidade de a União retirar, por via oblíqua, o incentivo fiscal que o Estado-membro, no exercício de sua competência tributária, outorgou ao produtor de bebidas*.

Neste passo, exsurge com clareza que a *ratio decidendi* verificada nos precedentes concernentes ao crédito presumido de ICMS na base de cálculo das exações em tela, reconhecido incentivo fiscal, revela-se apropriada para o deslinde da presente controvérsia, na qual está em análise, de igual forma, no contexto federativo, outro incentivo fiscal, também ancorado na sistemática de tributação do ICMS.

Deve, assim, ser reformado o acórdão regional que considerou legítima a tributação ora examinada.

Prejudicado o exame da suposta violação aos arts. 128 e 460, ambos do CPC/1973; e dos arts. 125, 126, 127 e 128, todos do Código Civil de 2002.

Posto isso, *dou provimento* ao Recurso Especial para *conceder a segurança*, reconhecendo a ilegitimidade da inclusão do montante decorrente da “contabilização do ganho obtido com o incentivo fiscal concedido pelo Estado de Santa Catarina” na base de cálculo do IRPJ e da CSLL (fl. 16e), desde que ultimado, ao tempo e modo, o respectivo contrato firmado com o Estado-Membro, nos termos expostos.

Indevidos honorários advocatícios, a teor do disposto na Súmula n. 105/STJ.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Trata-se de recurso especial interposto por *Vonpar Refrescos S.A.* com base na alínea “a” do permissivo constitucional para desafiar acórdão proferido pela Corte Regional assim ementado:

Tributário. IRPJ. CSLL. Subvenção para investimento. ICMS. Pagamento diferido. Impossibilidade.

1. O pagamento diferido do ICMS não equivale a subvenção para investimento.
2. Os juros e as atualizações monetárias sujeitos à condição suspensiva, como no caso do pagamento diferido do ICMS, configuram-se em incentivo sujeito à condição resolutive, pelo que há de aplicar o Ato Declaratório interpretativo SRF n. 22/2003.
3. Face à condição suspensiva desses juros e correção monetária, as despesas não ocorreram ainda, pelo que não há como apropriar-se delas na apuração do resultado.
4. Apelo desprovido.

Os embargos de declaração opostos foram acolhidos, em parte, para fins de prequestionamento (e-STJ fls. 149/153).

Em suas razões recursais, a parte recorrente alega violação dos seguintes dispositivos legais:

- arts. 128, 460 e 535, II, do CPC/1973, porque entende que o acórdão recorrido deixou de se manifestar sobre todas as causas de pedir autônomas contidas na petição inicial;

- arts. 38, § 2º do Decreto-Lei n. 1.598/77 e 443, I, do RIR/99, porque o benefício fiscal concedido pelo Estado de Santa Catarina deve ser considerado como subvenção para investimento e, por isso, não deve sofrer a incidência do IRPJ e da CSLL (e-STJ fls. 820/821).

Contrarrazões apresentadas (e-STJ fls. 185/189).

Decisão de admissibilidade à e-STJ fls. 192/192.

Pois bem, após o bem-lançado voto da em. Ministra Regina Helena Costa, em que deu provimento ao recurso especial, pedi vista dos autos para melhor exame da controvérsia.

A questão jurídica trazida a esta Corte Superior diz respeito a definir se o incentivo fiscal concedido pelo Estado de Santa Catarina (diferimento do pagamento do ICMS em 36 meses, acrescido de juros simples de 4% ao ano e sem correção monetária), deve ser classificado como subvenção para investimento e, sendo assim, não componente da base de cálculo do do IRPJ e da CSLL.

A ora recorrente defende que sim. Para tanto, aduz que (e-STJ fl. 167):

No caso concreto, considerando que o valor concedido pelo Estado de Santa Catarina a título de benefício fiscal (a diferença entre os juros que o Estado de Santa Catarina cobraria, no caso de atraso, ou parcelamento, do ICMS - caso o pagamento do imposto ocorresse trinta e seis meses após o prazo normal de vencimento da obrigação e que corresponde à variação da Taxa SELIC - e o valor efetivamente cobrado em função deste incentivo - 4% a. a.) pode ser imediatamente utilizado e que a Recorrente está sujeita às penalidades contratualmente previstas (dentre as quais a suspensão da utilização dos créditos da própria perda do incentivo) se vierem a ocorrer as hipóteses previstas na Cláusula Nona do Contrato n. o 007/2001, dúvidas não há que a condição imposta é *resolutiva*.

A Fazenda Nacional, por sua vez, defende a manutenção do acórdão recorrido, pois considera que (e-STJ fl. 188):

Não há base legal à pretensão de que incentivos concedidos pelo Poder Público sejam considerados subvenções de investimento. Na realidade, incentivos tais como os noticiados nos autos constituem redução de custos ou despesas.

Importante observar que tais incentivos dados por Estados-membros a empresas instalada na região, consistentes em empréstimos subsidiados ou regime especial de pagamento de ICMS, em que os juros e a correção monetária estão previstos contratualmente sob condição suspensiva não configuram subvenções de investimento, ao contrário do entendimento sustentado pela recorrente, já que no sentido técnico-contábil as vantagens advindas não têm natureza de receitas ou de resultados. Tais vantagens configuram meras reduções de custos ou despesas. Ainda que subvenções fossem, não seriam subvenções na modalidade de investimento, já que os recursos não desembolsados podem reforçar o capital de giro, como convier à beneficiária, sem a necessária aplicação em ativo mobilizado.

As instâncias ordinárias denegaram a ordem.

Pois bem.

Quanto à alegada ofensa ao art. 535, II, do CPC/73, não se vislumbra nenhum equívoco ou deficiência na fundamentação contida no acórdão recorrido, sendo possível observar que o Tribunal de origem apreciou integralmente a controvérsia e apontou as razões de seu convencimento, não se podendo confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

Ademais, consoante entendimento desta Corte, o magistrado não está obrigado a responder a todas as alegações das partes, tampouco a rebater um a um de todos os seus argumentos, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como ocorre na espécie.

Quanto ao mérito, a questão posta nos autos não se limita a saber se o incentivo fiscal ora em discussão deve ser considerado subvenção de investimento, ou não. Na hipótese, verifica-se que a tentativa da Fazenda Nacional em tributar tais valores, incluindo-os na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, constitui verdadeira afronta ao princípio federativo, conforme este Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se manifestar, em situação que a tudo se assemelha com a questão jurídica ora controvertida.

No julgamento do EREsp 1.517.492/PR, a Primeira Seção desta Corte Superior, decidiu que a incidência de tributo federal sobre incentivo fiscal (crédito-presumido de ICMS) ofenderia o princípio federativo. Esta a ementa do julgado:

Tributário. Embargos de divergência em recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. ICMS. Créditos presumidos concedidos a título de incentivo fiscal. Inclusão nas bases de cálculo do Imposto sobre a Renda

da Pessoa Jurídica - IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL. Inviabilidade. Pretensão fundada em atos infralegais. Interferência da União na política fiscal adotada por Estado-Membro. Ofensa ao princípio federativo e à segurança jurídica. Base de cálculo. Observância dos elementos que lhes são próprios. Relevância de estímulo fiscal outorgado por Ente da Federação. Aplicação do princípio federativo. ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins. Inconstitucionalidade assentada em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (RE n. 574.706/PR). Axiologia da *ratio decidendi* aplicável à espécie. Créditos presumidos. Pretensão de caracterização como renda ou lucro. Impossibilidade.

I - Controverte-se acerca da possibilidade de inclusão de crédito presumido de ICMS nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

II - O dissenso entre os acórdãos paradigma e o embargado repousa no fato de que o primeiro manifesta o entendimento de que o incentivo fiscal, por implicar redução da carga tributária, acarreta, indiretamente, aumento do lucro da empresa, insígnia essa passível de tributação pelo IRPJ e pela CSLL; já o segundo considera que o estímulo outorgado constitui incentivo fiscal, cujos valores auferidos não podem se expor à incidência do IRPJ e da CSLL, em virtude da vedação aos entes federativos de instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros.

III - Ao considerar tal crédito como lucro, o entendimento manifestado pelo acórdão paradigma, da 2ª Turma, sufraga, em última análise, a possibilidade de a União retirar, por via oblíqua, o incentivo fiscal que o Estado-membro, no exercício de sua competência tributária, outorgou.

IV - Tal entendimento leva ao esvaziamento ou redução do incentivo fiscal legitimamente outorgado pelo ente federativo, em especial porque fundamentado exclusivamente em atos infralegais, consoante declinado pela própria autoridade coatora nas informações prestadas.

V - O modelo federativo por nós adotado abraça a concepção segundo a qual a distribuição das competências tributárias decorre dessa forma de organização estatal e por ela é condicionada.

VI - Em sua formulação fiscal, revela-se o princípio federativo um autêntico sobre princípio regulador da repartição de competências tributárias e, por isso mesmo, elemento informador primário na solução de conflitos nas relações entre a União e os demais entes federados.

VII - A Constituição da República atribuiu aos Estados-membros e ao Distrito Federal a competência para instituir o ICMS - e, por consequência, outorgar isenções, benefícios e incentivos fiscais, atendidos os pressupostos de lei complementar.

VIII - A concessão de incentivo por ente federado, observados os requisitos legais, configura instrumento legítimo de política fiscal para materialização da autonomia consagrada pelo modelo federativo.

Embora represente renúncia a parcela da arrecadação, pretende-se, dessa forma, facilitar o atendimento a um plexo de interesses estratégicos para a unidade federativa, associados às prioridades e às necessidades locais coletivas.

IX - A tributação pela União de valores correspondentes a incentivo fiscal estimula competição indireta com o Estado-membro, em despreço à cooperação e à igualdade, pedras de toque da Federação.

X - O juízo de validade quanto ao exercício da competência tributária há de ser implementado em comunhão com os objetivos da Federação, insculpidos no art. 3º da Constituição da República, dentre os quais se destaca a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III), finalidade da desoneração em tela, ao permitir o barateamento de itens alimentícios de primeira necessidade e dos seus ingredientes, reverenciando o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento maior da República Federativa brasileira (art. 1º, III, C.R.).

XI - Não está em xeque a competência da União para tributar a renda ou o lucro, mas, sim, a irradiação de efeitos indesejados do seu exercício sobre a autonomia da atividade tributante de pessoa política diversa, em desarmonia com valores éticos-constitucionais inerentes à organicidade do princípio federativo, e em atrito com o princípio da subsidiariedade, que reveste e protege a autonomia dos entes federados.

XII - O abalo na credibilidade e na crença no programa estatal proposto pelo Estado-membro acarreta desdobramentos deletérios no campo da segurança jurídica, os quais não podem ser desprezados, porquanto, se o propósito da norma consiste em descomprimir um segmento empresarial de determinada imposição fiscal, é inegável que o ressurgimento do encargo, ainda que sob outro figurino, resultará no repasse dos custos adicionais às mercadorias, tornando inócua, ou quase, a finalidade colimada pelos preceitos legais, aumentando o preço final dos produtos que especifica, integrantes da cesta básica nacional.

XIII - A base de cálculo do tributo haverá sempre de guardar pertinência com aquilo que pretende medir, não podendo conter aspectos estranhos, é dizer, absolutamente impertinentes à própria materialidade contida na hipótese de incidência.

XIV - Nos termos do art. 4º da Lei n. 11.945/09, a própria União reconheceu a importância da concessão de incentivo fiscal pelos Estados-membros e Municípios, prestigiando essa iniciativa precisamente com a isenção do IRPJ e da CSLL sobre as receitas decorrentes de valores em espécie pagos ou creditados por esses entes a título de ICMS e ISSQN, no âmbito de programas de outorga de crédito voltados ao estímulo à solicitação de documento fiscal na aquisição de mercadorias e serviços.

XV - O STF, ao julgar, em regime de repercussão geral, o RE n. 574.706/PR, assentou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob o entendimento segundo o qual o valor de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, constituindo mero ingresso de caixa, cujo destino

final são os cofres públicos. Axiologia da ratio decidendi que afasta, com ainda mais razão, a pretensão de caracterização, como renda ou lucro, de créditos presumidos outorgados no contexto de incentivo fiscal.

XVI - Embargos de Divergência desprovidos.

(REsp 1.517.492/PR, Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 08/11/2017, DJe 01/02/2018)

Ressalto que, embora a hipótese ora tratada não seja idêntica ao precedente citado, cumpre observar que ambos os julgados tratam de incentivo fiscal relativo ao ICMS, devendo, por isso, ser aplicado o mesmo entendimento.

Ante o exposto, nos termos da fundamentação supra, acompanho a eminente Ministra relatora e *dou provimento* ao recurso especial, concedendo a segurança para que os valores referentes ao ganho obtido com o incentivo fiscal em referência não sofram a incidência do IRPF e da CSLL, uma vez ultimado, ao tempo e modo, o respectivo contrato firmado com o Estado-Membro.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.709.727-SE (2016/0173813-0)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Recorrente: N R A B - por si e representando

Recorrente: J D de V N - Menor impúbere

Advogados: Francisco Cláudio de Almeida Santos e outro(s) - DF012742

Eliene Ferreira Bastos - DF011781

Vanessa de Castro Doria Melo e outro(s) - SE004822

Recorrido: Departamento Estadual de Infra-Estrutura Rodoviária de Sergipe - DER/SE

Advogados: Frederico Galindo de Góes - SE004552

Carla Fonseca Fernandes de Brito e outro(s) - SE005566

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Recurso especial. Responsabilidade civil do Estado. Violação do art. 535 do CPC/1973.

Não ocorrência. Acidente de trânsito em rodovia estadual. Óbito da vítima. Omissão estatal quanto ao dever de conservação e sinalização da via pública. Danos materiais devidos. Danos morais fixados em valor irrisório. Necessidade de majoração.

1. Tendo o recurso sido interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/1973, devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele previsto, conforme Enunciado Administrativo n. 2/2016/STJ.

2. Os autos são oriundos de ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada contra o departamento de Estradas e Rodagens de Sergipe, em face da morte do pai e companheiro dos autores, decorrente de acidente de veículo em rodovia estadual, ocasionado por cratera não sinalizada na via.

3. Não há violação do artigo 535 do CPC/1973 quando o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia.

4. O Tribunal de origem reconheceu a conduta omissiva e culposa do ente público, relacionada ao dever de sinalização da via pública, sobretudo no ponto onde havia a cratera que dificultava a livre circulação e segurança dos veículos. Porém, deu parcial provimento ao apelo dos autores, condenando o demandado tão somente ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), sendo R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada recorrente. Em relação ao danos materiais, registrou não terem sido comprovados.

5. Ao assim proceder, a acórdão *a quo* divergiu da jurisprudência desta Corte no sentido de que, reconhecida a responsabilidade estatal pelo evento morte, é devida a indenização por danos materiais aos filhos menores e ao cônjuge, cuja dependência econômica é presumida, mormente em família de baixa renda, dispensando a demonstração por qualquer outro meio de prova. Precedentes: AgInt no REsp 1.880.254/MT, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 25/03/2021; AgInt no REsp 1.880.112/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11/12/2020; AgInt no REsp 1.603.756/MG, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12/12/2018; AgInt no REsp 1.554.466/RJ, Rel. Min. Assusete

Magalhães, Segunda Turma, DJe 22/8/2016; AgInt no AREsp 1.517.574/RJ, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 04/02/2020; AgInt no AREsp 1.551.780/MS, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16/12/2019.

6. Nesse passo, é de se condenar o réu ao pagamento de pensão aos recorrentes no valor correspondente a 2/3 do salário mínimo, a serem pagos até a expectativa média de vida da vítima, segundo a tabela do IBGE na data do óbito, ou até o falecimento da viúva, com a reversão em favor exclusiva desta após o menor completar 24 anos de idade. Precedente: AgRg no REsp 1.388.266/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16/05/2016.

7. Diante da irrisoriedade do valor estabelecido pelas instâncias ordinárias à título de danos morais, deve ser majorado para R\$ 100.000,00 (cem mil reais), conforme a parâmetros de julgados desta Corte. Precedentes: AgInt no AREsp 1.517.574/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 4/2/2020; AgInt no REsp 1.685.425/AM, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20/9/2019; AgInt no REsp 1.658.378/PB, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 2/9/2019.

8. Recurso parcialmente provido, para fixar os danos materiais e majorar os danos morais, nos termos supra.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, para fixar os danos materiais e majorar os danos morais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de abril de 2022 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto N. R. A. B., por si e representando o menor impúbere J. D. de V. N., com fundamento no artigo 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo TJ/SE, assim ementado (fl. 602/603):

Apelação cível. Ação de indenização por danos materiais e morais. Responsabilidade objetiva. Acidente de trânsito. Caminhão que caiu em buraco de 15 (quinze) metros de profundidade. Morte do motorista. Ausência de sinalização. Não comprovação de culpa exclusiva ou concorrente da vítima. Sentença que julgou improcedentes os pedidos. Recurso visando reparação por danos morais e materiais. Dano material não comprovado. Dano moral devidamente caracterizado. Omissão estatal. Ausência de conservação e sinalização da via pública. Recurso conhecido e parcialmente provido, para fixar a indenização por danos morais em 20.000,00 (vinte mil reais), sendo R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada recorrente.

1. Comprovados o ato ilícito, o nexo causal e, os danos morais suportados, resta evidente, o dever de indenizar suscitado.

2. *In casu*, o réu ficou inerte, não atentando para o dever de sinalizar a via onde ocorreria o infortúnio. Assim procedendo, violou o art. 88 do Código de Trânsito Brasileiro e, por conseguinte, as disposições do art. 37 § 6º da Constituição Federal, art. 186 e art. 927 do Código Civil vigente.

3. A existência de buraco na via pública destinada ao tráfego de veículos, aliada à falta de sinalização e ao fato do mesmo estar coberto de água, são elementos suficientes para excluir qualquer responsabilidade do condutor do caminhão.

4. Omissão que acarreta na responsabilidade de índole subjetiva do réu, que não comprovou, conforme exige o art. 333, inciso II da Lei de Ação Civil Pública, a culpa concorrente ou exclusiva da vítima.

5. Diante do sofrimento imposto à companheira e filho da vítima, que em razão do acidente veio a falecer, afixa-se correta a fixação dos danos morais em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), ponderando as demais peculiaridades da lide, quando da fixação da quantia pelo abalo moral suportado.

Os embargos de declaração foram rejeitados às fls. 628/637.

Em suas razões, os recorrentes alegam violação do artigo 535 do CPC/1973, ao argumento de que a Corte de origem não se manifestou a respeito de pontos importantes ao deslinde da controvérsia, em especial acerca do pedido de fixação de dano material e da alegação de que a dependência econômica é presumida no caso dos autos.

Quanto às questões de fundo, os recorrentes sustentam, além de dissídio jurisprudencial, ofensa ao art. 16, I e IV, da Lei n. 8.213/1991, defendendo ser presumida a condição dos recorrentes de dependentes econômicos da vítima do evento, sendo, portanto, dispensável a comprovação de que suportam dano material com a morte do pai e companheiro, para que serem agraciados com o pensionamento mensal postulado na inicial.

Adiante, apontam contrariedade ao artigo 927 do CC/2002, ao fundamento de que a responsabilidade civil, no caso, é objetiva, decorrente da ação ou omissão dos agentes públicos, sendo certo que, “*além dos reparos, imediatos da estrada onde aconteceu o evento, o que não foi feito em tempo de evitar o acidente, ou de pelo menos serem colocados avisos de alerta, o recorrido não comprovou a realização de obras preventivas para a proteção da via pública*” (fls. 652).

Por fim, alega que o valor fixado a título de danos morais é irrisório, devendo ser revisados, consoante permitido pela jurisprudência desta Corte.

O MPF opinou pelo pelo conhecimento parcial do recurso e seu não provimento, consoante ementa assim redigida (fls. 829):

Processual Civil e Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Art. 535 do CPC/73. Alegações genéricas. Súmula n. 284/STF, também aplicável à alegada ofensa ao art. 16 da Lei n. 8.213/91. Ausência de comando normativo capaz de reverter o resultado do julgamento. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Danos materiais. Necessidade de comprovação. Pelo conhecimento em parte do recurso e, nessa extensão, não provimento.

Com contrarrazões às fls. 676/680.

Submetido o feito a julgamento, a Turma, por maioria, conheceu do recurso especial, retornando os autos a este relator para prosseguir no julgamento do seu mérito (fls. 840).

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Consigne-se inicialmente que o recurso foi interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973, devendo ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele previsto, conforme Enunciado Administrativo n. 2/2016/STJ.

Importante também lembrar que o presente feito já foi anteriormente submetido a julgamento, ocasião em que esta Turma, por maioria, entendeu por

bem super os óbices processuais, para conhecer do recurso especial, retornando os autos a este relator para prosseguir no julgamento de seu mérito (fls. 840).

Dito isso, registra-se que os autos são oriundo de ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada contra o Departamento de Estradas e Rodagens de Sergipe (DER/SE), em face da morte do pai e companheiro dos autores, decorrente de acidente de veículo em rodovia estadual, ocasionado por buraco não sinalizado.

Na sentença, os pedidos foram julgados improcedentes, ao entendimento de que “*não restou comprovada a conduta omissiva da autarquia, para caracterizar a culpa da mesma na morte de Wladimir Meireles de Vasconcelos e Aécio Rodrigues Pereira*” (fls. 539), tendo o evento decorrido de caso fortuito ou força maior (fortes chuvas não previsíveis), a descaracterizar o nexo de causalidade e a responsabilidade estatal.

O Tribunal de origem, por sua vez, após reconhecer a conduta omissiva e culposa do ente público, relacionada ao dever de sinalização da via pública, deu parcial provimento ao apelo dos autores, condenando o demandado ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), sendo R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada recorrente. Em relação ao danos materiais, registrou não terem sido comprovados.

Na presente insurgência, os recorrentes, em suma, pugnam pela responsabilização dos poder público pelos danos materiais sofridos em razão do evento morte, além da majoração dos danos morais fixados na origem em valor irrisórios.

De início, afasta-se a alegada violação do artigo 535 do CPC/1973, porquanto o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia. A tutela jurisdicional foi prestada de forma eficaz, não havendo razão para a anulação do acórdão proferido em sede de embargos de declaração.

Quanto ao mérito, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, a comprovação da conduta omissiva e culposa (negligência na atuação estatal - má prestação do serviço), o dano e o nexo causal entre ambos.

Nesse sentido:

Administrativo. Processual Civil. Agravo interno. Ação indenizatória. Companhia aberta de exploração de petróleo. Prejuízos de acionistas. Comissão

de Valores Mobiliários. Dever de fiscalização. Omissão. Inocorrência. Inexistência de ofensa ao art. 1.022 do CPC. Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF. Impossibilidade de análise do conteúdo fático-probatório. Incidência da Súmula 7/STJ. Verba honorária. Razoabilidade. Histórico da demanda

(...)

Inexistência de responsabilidade da Administração

8. *A responsabilidade civil da Administração Pública por omissão pressupõe a comprovação, além do dano, da falta do serviço público ao menos por culpa (negligência, imprudência ou imperícia) atribuível ao Estado, bem como do nexo de causalidade entre o dever de agir e o dano. Trata-se de hipótese de responsabilidade subjetiva, e não objetiva (art. 37, § 3º, da CF/1988), dependendo da comprovação do elemento subjetivo, o que não ocorreu no caso concreto, em que a parte recorrida instaurou processos administrativos para investigar a conduta dos gestores da empresa OGX. Nesse sentido: (RE 369.820. Rel. min. Carlos Velloso. j. 4-11-2003. 2ª T. DJ de 27-2-2004; RE 602.223. AgR/RN. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento: 9/2/2010. Órgão Julgador: Segunda Turma).*

(...)

12. Agravo Interno não provido (Aglnt no REsp 1.773.523/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 10/09/2019)

Administrativo. Acidente. Obras na rodovia. Ausência de sinalização. Acórdão de origem que atesta o nexo causal, o dano e a proporcionalidade da indenização. Impossibilidade de análise do conteúdo fático-probatório. Incidência da Súmula 7/STJ. Precedentes do STJ

1. Cuida-se de inconformismo contra acórdão do Tribunal a quo que concedeu indenização por danos morais à recorrida em razão de acidente automobilístico sofrido pela sua filha na BR 116.

2. O recorrente claramente almeja reexame do acervo fático-probatório para que seja reconhecida a ausência de comprovação de culpa pela má conservação da via, uma vez que “como consta do boletim de acidente de trânsito (fls. 25), havia sinalização na pista. A falta de atenção dos motoristas à sinalização não pode transferir nenhuma obrigação aos cofres do Estado” (fl. 412).

3. Importante destacar o Acórdão quando atesta a existência do nexo de causalidade entre a atuação do DNIT e o evento danoso, a responsabilidade civil decorrente de conduta omissiva verificada: “Somado aos depoimentos, depreende-se que o acidente ocorreu porque não houve adequada sinalização relacionada à existência de obras no trecho. Foi uma conjugação de causas, portanto: uma falha individual e uma falha do serviço (*fauce du service*)”.

4. Observa-se que o órgão julgador decidiu a questão após percuciente análise dos fatos e das provas relacionados à causa, sendo certo asseverar que, para chegar a conclusão diversa, torna-se imprescindível reexaminar o conjunto fático-

probatório constante dos autos, o que é vedado em Recurso Especial. Imiscuir-se na presente aferição encontra óbice no éditto 7/STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

5. Precedentes do STJ: REsp 1.693.792/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2017; AgInt no AREsp 1.303.420/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 29/3/2019; AgInt no AREsp 906.741/PB, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 30/11/2016.

6. Recurso Especial não conhecido (REsp 1.782.133/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 01/07/2019)

Administrativo. Acidente. Obras na rodovia. Buraco na pista. Ausência de sinalização. Acórdão de origem que atesta onexo causal, o dano e a proporcionalidade da indenização. Impossibilidade de análise do conteúdo fático-probatório. Incidência da Súmula 7/STJ.

1. Cuida-se de inconformismo contra acórdão do Tribunal de origem que condenou o DNIT por acidente sofrido por particular em virtude de ausência de sinalização no local em obras.

2. *No presente caso, não se está a condenar o recorrente pela existência de qualquer buraco na estrada, mas por falta de sinalização em obra, o que gerou estragos, na rodovia, hábeis a causar acidentes, como no caso em concreto.*

3. *Importante destacar o Acórdão quando atesta a existência do nexo de causalidade entre a atuação do DNIT e o evento danoso, a responsabilidade civil decorrente de conduta omissiva verificada, o dano moral e a proporcionalidade da indenização.*

4. O órgão julgador decidiu a questão após percuente análise dos fatos e das provas relacionados à causa, sendo certo asseverar que os reexaminar é vedado em Recurso Especial, pois encontra óbice no Éditto 7/STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

5. Recurso Especial não conhecido (REsp 1.793.090/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/05/2019)

Processual Civil e Administrativo. Agravo interno no agravo em recurso especial. Responsabilidade civil do Estado. Ato omissivo. Responsabilidade subjetiva. Inexistência de nexo causal e culpa da Administração. Revisão. Impossibilidade. Súmula 7/STJ.

1. *A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos.*

2. No caso dos autos, o Tribunal de origem, com base nos elementos fáticos e nas provas constantes no processo, concluiu pela inexistência de comprovação tanto do nexo de causalidade entre o ilícito civil e os danos experimentados,

quanto da má prestação de serviço público, por atuação culposa da Administração Pública. A revisão da questão demanda o reexame dos fatos e provas constantes nos autos, o que é vedado no âmbito do recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. Precedentes: AgInt no REsp 1.628.608/PB, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 26/6/2017; AgRg no REsp 1.345.620/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 2/12/2015; AgRg no AREsp 718.476/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 8/9/2015; AgInt no AREsp 1.000.816/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 13/03/2018.

2. Agravo interno não provido (AgInt no AREsp 1.249.851/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 26/09/2018)

Processual Civil e Administrativo. Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação ordinária de indenização. Nuvem de fumaça na rodovia. Falta de visibilidade. Acidente com morte em virtude da colisão entre veículos. Necessidade de dilação probatória. Documentação nos autos. Responsabilidade civil do Estado por omissão não configurada. Princípio do livre convencimento motivado do magistrado. Agravo interno da parte autora a que se nega provimento.

1. Assiste parcial razão à parte agravante no tocante à inaplicabilidade da Súmula 182/STJ, porquanto o REsp somente veicula alegação de violação legal, ou seja, hipótese da alínea a, não podendo, portanto, ser inadmitido o Agravo por ausência de impugnação à inadmissão quanto à divergência jurisprudencial.

2. Em relação às alegadas violações dos arts. 43, 186 e 927 do CC/2002, não há como se admitir o Apelo Raro, porquanto tais argumentos dizem respeito aos requisitos da responsabilidade civil, cuja definição se deu ante a interpretação dos fatos e provas constantes dos autos.

3. Insuscetível de revisão o entendimento da Corte de origem já que os elementos fático-probatórios dos autos permitiram a conclusão de que não houve culpa do DER no acidente que ocasionou a morte do marido da ora autora, em função da pouca visibilidade na estrada, provocada por uma cortina de fumaça oriunda da vegetação localizada ao lado da rodovia. Destarte, a alteração das premissas adotadas no acórdão, exigirá novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em sede de Recurso Especial.

4. Agravo Interno da parte autora a que se nega provimento (AgInt no AREsp 1.000.816/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 13/03/2018).

Administrativo. Responsabilidade civil da Administração Pública. Indenização por dano moral. Acidente de trânsito. Não cabimento de recurso especial por violação de dispositivo constitucional. Ausência de impugnação a fundamento suficiente. Súmula n. 283 do STF. Consonância do acórdão recorrido com jurisprudência do STJ. Análise da divergência prejudicada. Súmula n. 83 do STJ. Recurso especial não conhecido.

I - É defeso a esta Corte apreciar alegação de violação de dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

II - A ausência de impugnação de fundamento autônomo apto para manter o acórdão regional recorrido atrai, por analogia, o óbice do enunciado n. 283 da Súmula do STF.

III - *Consonância do acórdão regional recorrido com a jurisprudência do STJ em relação à aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva à ato omissivo do Estado*, o que prejudica a análise do recurso especial interposto com fundamento na alínea c do dispositivo constitucional, diante do óbice do enunciado n. 83 da Súmula do STJ - “não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.

IV - Agravo interno improvido (AgInt no REsp 1.628.608/PB, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 26/06/2017)

Administrativo e Processual Civil. Agravo regimental em recurso especial. Responsabilidade civil do Estado. Omissão. Responsabilidade subjetiva. Alegada violação ao art. 535 do CPC. Inexistência. Culpa ou negligência. Ausência de provas. Reexame. Incidência da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido.

(...)

II. *A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que “a responsabilidade civil do estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos”* (STJ, AgRg no AREsp 501.507/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 02/06/2014). Em igual sentido: STJ, REsp 1.230.155/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 17/09/2013.

III. Tendo o Tribunal de origem concluído que, no caso, “analisando os documentos trazidos nos autos, estes não demonstram qualquer culpa ou negligência por parte da UFRGS, muito pelo contrário, pois existem várias licenças médicas para tratamento de saúde e procedimento de readaptação deferidos à servidora”, entender de forma contrária demandaria o reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

IV. Agravo Regimental improvido (AgRg no REsp 1.345.620/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 02/12/2015)

Processual Civil. Agravo regimental. Responsabilidade civil. Revisão da ocorrência de danos morais. Análise do conjunto fático-probatório dos autos. Impossibilidade. Súmula 7/STJ.

1. *A responsabilidade civil do Estado ou de delegatário de serviço público, no caso de conduta omissiva, ocorrerá quando presentes estiverem os elementos que*

caracterizam a culpa, a qual se origina do descumprimento do dever legal atribuído ao Poder Público de impedir a consumação do dano (cf. REsp 1.210.064/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado DJe 31.8.2012).

2. O Tribunal *a quo* - com base nos elementos fáticos e nas provas constantes no processo - concluiu pela inexistência de nexo de causalidade entre a conduta omissiva da Administração Pública e o fato danoso. Conclusão em sentido contrário do que ficou expressamente consignado no acórdão recorrido demanda reexame do suporte fático-probatório dos autos, vedado em Recurso Especial, conforme Súmula 7/STJ.

3. Agravo Regimental não provido (AgRg no AREsp 718.476/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 08/09/2015)

No caso dos autos, o Tribunal expressamente assentou que “*o acidente ocorreu por negligência da autarquia, que tinha o dever de sinalizar adequadamente a via pública, sobretudo no ponto onde havia a cratera que dificultava a livre circulação e segurança dos veículos*” (fls. 612).

Resta, portanto, incontroverso nos autos que o acidente com evento morte ocorreu em rodovia estadual, mediante a queda de caminhão em buraco de 15 metros de profundidade, decorrente da ausência de manutenção e fiscalização estatal da via pública, não havendo quaisquer indícios de culpa exclusiva da vítima.

Nesse passo, do contexto fático delineado nos autos, é possível concluir pela existência de omissão culposa por parte do ente público, consubstanciada na inobservância ao dever de fiscalização e sinalização da via pública, bem como pelo nexo causal entre a referida conduta estatal e o evento danoso, que resultou na morte do pai e marido dos recorrentes, causando-lhes, evidentemente, prejuízos materiais e morais, os quais devem ser indenizados.

A esse respeito, confirmam-se os seguintes precedentes proferidos em casos análogos, relativos a responsabilidade do Estado por acidente causado por animais em rodovias:

Administrativo. Agravo interno no recurso especial. Responsabilidade civil da autarquia federal. Vítima de acidente de trânsito em rodovia federal. Omissão da autarquia federal em fiscalizar animais na rodovia. Morte da vítima por animal na pista de rolamento em rodovia federal. Fato incontroverso. Valoração dos critérios jurídicos concernentes à utilização da prova e à formação da convicção. Dever de vigilância. Responsabilidade subjetiva caracterizada. Redução do quantum indenizatório. Inovação recursal. Agravo interno da autarquia federal a que se nega provimento.

1. O Tribunal de origem, em sede de Apelação e Reexame Necessário, afastou a responsabilidade civil do DNIT por entender que seria impossível tal Entidade o controle extensivo de toda rodovia.

2. Todavia, com efeito ficou reconhecido que o acidente ocorreu em Rodovia Federal, em razão da presença de animal transitando na pista, situação que denotaria negligência na manutenção e fiscalização pelo DNIT, além de não haver nos autos quaisquer indícios de culpa exclusiva da vítima e de força maior.

3. Não há que se falar no afastamento da Responsabilidade Civil do Ente Estatal, isso porque é dever do Estado promover vigilância ostensiva e adequada, proporcionando segurança possível àqueles que trafegam pela rodovia. Trata-se, desse modo, de valoração dos critérios jurídicos concernentes à utilização da prova e à formação da convicção, e não de reexame do contexto fático-probatório dos autos.

4. Assim, há conduta omissiva e culposa do Ente Público, caracterizada pela negligência, apta a responsabilizar o DNIT, nos termos do que preceitua a teoria da Responsabilidade Civil do Estado, por omissão (AglInt no AgInt no REsp 1.631.507/CE, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 28.8.2018; e REsp 1.198.534/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 20.8.2010).

5. Com relação à redução do valor arbitrado a título de indenização, é certo que tal tema sequer foi mencionado nas razões das Contrarrazões do Recurso Especial, e somente foi suscitado em sede de Agravo Interno, o que caracteriza inovação recursal, vedada diante da preclusão consumativa.

6. Agravo Interno da Autarquia Federal a que se nega provimento (AglInt no REsp 1.632.985/PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 19/11/2019)

Administrativo e Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Responsabilidade civil do Estado. Acidente automobilístico. Animal na pista. Dever de vigilância. Omissão. Responsabilidade subjetiva. Acórdão recorrido em dissonância com o entendimento desta Corte. Sentença condenatória restabelecida. Agravo interno improvido.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015.

II. Trata-se, na origem, de Ação indenizatória, ajuizada pela parte ora agravada, com o objetivo de condenar o DNIT e a União ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, decorrentes de acidente automobilístico ocasionado por animal solto em rodovia federal, que culminou na morte de Francisco Viera da Costa Filho, marido e pai dos autores. O Juízo de 1º Grau julgou parcialmente procedente a ação, reconhecendo a presença dos elementos configuradores da responsabilidade civil do Estado, por omissão.

III. O Tribunal a quo, por maioria, afastou a responsabilidade civil do Estado na configuração do dano moral e material, ao fundamento de que “o Estado não

tem como controlar, como não tem como controlar a passagem de um animal, a passagem de uma pessoa, de uma criança que se largue das mãos da mãe e atravesse a rodovia". O voto vencedor destacou, ainda, que "o fato de não haver sinalização luminosa, no meio-fio ou cerca nas propriedades, entendo que no meio-fio não é obrigatório em rodovias, como também não é obrigação do DNIT construir cercas para contenção de animais. Em um acaso como este, entendo que não há obrigação do Estado em indenizar".

IV. *Contudo, do contexto fático, exposto pelas instâncias ordinárias, ficou reconhecido que o acidente ocorreu em rodovia federal, em razão da presença de animal transitando na pista, situação que denotaria negligência na manutenção e fiscalização pelo Estado, além de restarem listados os danos causados aos autores, afastados quaisquer indícios de culpa exclusiva da vítima e de força maior.* Segundo constou do voto vencido, "inexistem, nos autos, documentos que comprovem que a entidades públicas têm efetivamente atuado na área com vias a erradicar o problema. Por outro lado, pelas fotos acostadas aos autos, é claramente visível a inexistência de contenções para impedir a travessia de animais na pista, o que configura, sobretudo quando levado em consideração a frequência com que tais acidentes ocorrem na localidade, a existência de uma falha no serviço prestado. Nesse passo, a par da situação fática acima delineada e devidamente comprovada, entendo que restou caracterizada na espécie a responsabilidade civil do Estado por omissão, havendo nexos causal entre o acidente e a conduta estatal, consubstanciada no dever de fiscalizar as rodovias e de impedir que animais fiquem soltos em suas imediações e invadam a pista". Constou, ainda, que a vítima "usava capacete e estava com a Carteira Nacional de Habilitação regular, não havendo informações sobre a velocidade em que conduzia a motocicleta. Afastada, portanto, a possibilidade de alegação de culpa exclusiva da vítima".

V. *Portanto, o acórdão recorrido contraria a orientação desta Corte, no sentido de ser dever estatal promover vigilância ostensiva e adequada, proporcionando segurança possível àqueles que trafegam pela rodovia, razão pela qual se verifica conduta omissiva e culposa do ente público, caracterizada pela negligência, apta à responsabilização do Estado.* Nesse sentido: STJ, REsp 1.198.534/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 20/08/2010; REsp 438.831/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJU de 02/08/2006; AgInt no AgInt no REsp 1.631.507/CE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 28/08/2018.

VI. Estando o acórdão recorrido em dissonância com a orientação firmada por esta Corte, merece ser mantida a decisão ora agravada, que deu provimento ao Recurso Especial da parte autora, para restabelecer a sentença, que havia reconhecido a presença dos elementos configuradores da responsabilidade civil do Estado por omissão.

VII. Agravo interno improvido (AgInt no REsp 1.658.378/PB, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 02/09/2019)

Com efeito, presentes os elementos necessários para responsabilização do Estado pelo evento morte, a jurisprudência desta Corte reconhece devida a indenização por danos materiais aos recorrentes, visto que a dependência econômica dos cônjuges e filhos menores do de cujos é presumida, dispensando a demonstração por qualquer outro meio de prova, senão vejamos:

Agravo interno no recurso especial. Ação de indenização por danos materiais e morais. Acidente de trânsito. Culpa comprovada. Dever de reparar. Morte de filho maior. Família de baixa renda. Dependência econômica. Presunção. Pensão devida. Art. 1.022 do CPC/2015. Omissão, contradição, obscuridade e erro material não verificados. Inovação recursal. Não configuração. Reexame. Súmula n. 7/STJ. Dissídio jurisprudencial prejudicado.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

2. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte.

3. Na hipótese, a reforma do acórdão estadual no que diz respeito à inovação recursal demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, procedimento inadmissível em recurso especial ante o óbice da Súmula n. 7/STJ.

4. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, em se tratando de famílias de baixa renda, existe presunção relativa de dependência econômica entre os membros, sendo devido, a título de dano material, o pensionamento mensal aos genitores da vítima.*

5. A aplicação da Súmula n. 7/STJ obsta a admissão do recurso especial tanto pela alínea "a" quanto pela alínea "c" do permissivo constitucional. Precedente.

6. Agravo interno não provido (AgInt no REsp 1.880.254/MT, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 22/03/2021, DJe 25/03/2021)

Processual Civil e Administrativo. Agravo interno no recurso especial. Enunciado Administrativo 3/STJ. Responsabilidade civil do Estado. Morte em decorrência de falha em atendimento médico. Dano moral. Irrisoriidade. Possibilidade de revisão na hipótese. Afastamento da Súmula 7/STJ. Restabelecimento da sentença. *Danos materiais. Pensão aos filhos na proporção de 2/3 da remuneração da vítima genitora. Termo final aos 25 anos dos beneficiários.* Agravo interno não provido (AgInt no REsp 1.880.112/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07/12/2020, DJe 11/12/2020)

Administrativo. Responsabilidade do Estado. Morte de detento. Danos materiais. Filho. Pensionamento. Comprovação do exercício de atividade remunerada da vítima. Família de baixa renda. Desnecessidade.

1. Reconhecida a responsabilidade do Estado pela morte do genitor, têm os filhos direito ao recebimento de pensão mensal calculada sobre 2/3 (dois terços) da remuneração da vítima, desde a data do óbito até o momento em que completarem 25 (vinte e cinco) anos de idade.

2. Em se tratando de família de baixa renda, é devido o pagamento ainda que o de cujus não exerça atividade remunerada, porquanto presume-se a ajuda mútua entre os parentes. Essa solução se impõe especialmente no caso dos descendentes órfãos.

3. Ausente parâmetro para a fixação dos ganhos do falecido, deve o pensionamento tomar por parâmetro o valor do salário mínimo. Precedentes.

4. Agravo interno a que se nega provimento (AgInt no REsp 1.603.756/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12/12/2018)

Administrativo e Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Acidente de trânsito. Morte da mãe da autora. Legitimidade passiva e responsabilidade exclusiva da CEDAE, pelo evento morte, reconhecidas pelo Tribunal de origem. Presença denexo causal aferido pelo Tribunal de origem, com base no acervo fático da causa. Impossibilidade, no caso, de reexame de provas, em sede de recurso especial. Súmula 7/STJ. Danos morais e materiais. Revisão. Súmula 7/STJ. Sucumbência recíproca. Impossibilidade de reapreciação. Juros de mora. Termo inicial. Súmulas 54 e 83/STJ. Agravo interno improvido.

(...)

II. Na origem, trata-se de demanda indenizatória por morte, decorrente de acidente de trânsito provocado por obras na pista, realizadas pela CEDAE.

(...)

VI. Consoante o entendimento desta Corte, “a dependência econômica de filho menor em relação aos pais é presumida, dispensando a demonstração por qualquer outro meio de prova” (STJ, AgRg no Ag 1.294.094/MG, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 06/02/2015). Além disso, sedimentou-se o entendimento “de fixar a indenização por perda do pai ou progenitor, com pensão ao filho menor até os 24 (vinte e quatro) anos de idade (integralmente considerados), ou seja, até a data de aniversário dos 25 anos” (STJ, REsp 592.671/PA, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJU de 17/05/2004).

(...)

VIII. Agravo interno improvido (AgInt no REsp 1.554.466/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 22/08/2016)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação indenizatória por danos morais e materiais. Colisão de veículos. Óbito do pai e marido dos autores. Responsabilidade subjetiva da parte ré. Presença de culpabilidade do réu no evento. Súmula 7 do STJ. Indenização por danos morais. Súmula 7 do STJ. Pensionamento por ilícito civil que não se confunde com a pensão paga pelo INSS. Dependência entre cônjuges presumida. Agravo interno não provido.

1. No presente caso, o acolhimento da pretensão recursal, para reconhecer a ocorrência de culpa exclusiva ou concorrente da vítima na ocorrência do evento danoso, demandaria a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido, com o revolvimento das provas carreadas aos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos do enunciado da Súmula 7 do STJ.

2. No que concerne ao montante fixado a título de indenização por danos morais, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso. Dessa forma, não se mostra desproporcional a fixação em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de reparação moral decorrente de acidente de trânsito que resultou no óbito do marido e pai das autoras, que morreu carbonizado, de modo que a sua revisão também encontra óbice na Súmula 7 do STJ.

3. O pensionamento por ilícito civil não se confunde com o pago pela Previdência Social, por ter origem diversa, de sorte que possível a concomitância entre ambos, não ficando eximido o causador do sinistro se, porventura, a vítima ou seus beneficiários percebem pensão paga pelo INSS. Precedentes.

4. *A dependência econômica entre cônjuges é presumida, devendo ser arbitrado pensionamento mensal equivalente a 2/3 (dois terços) dos proventos que eram recebidos em vida pela vítima em benefício da viúva.*

5. Agravo interno não provido (Aglnt no AREsp 1.517.574/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 04/02/2020)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação de indenização por danos morais e materiais. Acidente de trânsito. Violação ao art. 1.022 do CPC. Não ocorrência. Responsabilidade solidária do proprietário do veículo causador do acidente. Culpa *in vigilando* da coisa. Súmula 7 do STJ. Pensão mensal. Renda não comprovada. Salário mínimo. Agravo interno não provido.

(...)

5. *Ademais, esta Corte Superior possui jurisprudência consolidada no sentido de que, no caso de morte de genitor(a), a pensão aos filhos é de 2/3 do salário percebido (ou o salário mínimo caso não exerça trabalho remunerado) até que estes completem 24 anos de idade.*

6. Agravo interno não provido (Aglnt no AREsp 1.551.780/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16/12/2019)

Sendo assim, o acórdão de origem deve ser reformado quanto ao ponto, para condenar o réu ao pagamento de pensão aos recorrentes no valor correspondente a 2/3 do salário mínimo (face a ausência de parâmetro para a fixação dos ganhos

do falecido), a serem pagos até a expectativa média de vida da vítima, segundo a tabela do IBGE na data do óbito, ou até o falecimento da viúva, com a reversão em favor exclusiva desta após o menor completar 24 anos de idade.

Nesse sentido:

Administrativo. Processual Civil. Responsabilidade civil do Estado. Morte de Policial Civil. Ação indenizatória. Pensão mensal às filhas. Danos materiais. Possibilidade de cumulação com pensão previdenciária. Valor de 2/3 dos rendimentos da vítima até filhas completarem 25 anos de idade. Para a viúva até a idade provável do *de cujus*. Precedentes. Direito de a mãe/viúva acrescer o valor recebido pelas filhas.

(...)

2. Configurada a possibilidade de cumulação da pensão previdenciária e os danos materiais, bem como a dependência econômica das filhas e viúva em relação ao *de cujus*, afirmada no acórdão recorrido, o valor da pensão mensal deve ser fixado em 2/3 (dois terços) do soldo da vítima, deduzindo que o restante seria gasto com seu sustento próprio, e é devida às filhas menores desde a data do óbito até o limite de 25 (vinte e cinco) anos de idade. Precedentes.

3. Quanto à viúva, a pensão mensal de 2/3 do soldo da vítima à época do evento danoso deverá ser repartida entre as filhas e a viúva, sendo que para as filhas deverá ser pago até a data em que elas completarem 25 anos de idade cada uma, e para a viúva, em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, até a data em que a vítima (seu falecido cônjuge) atingiria idade correspondente à expectativa média de vida do brasileiro, prevista na data do óbito, segundo a tabela do IBGE. Precedentes.

4. Também é pacífico nesta Corte o entendimento jurisprudencial de ser possível acrescer as cotas das filhas, ao completarem 25 anos, à cota da mãe. Precedentes. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1.388.266/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16/05/2016)

Por fim, no que concerne ao montante fixado a título de indenização por danos morais, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias pode ser revisto hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade.

Sob esse contexto, considerando que o caso dos autos diz respeito a reparação moral decorrente de acidente de trânsito que resultou no óbito do marido e pai dos autores, tenho que o valor fixado pelas origens, de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), sendo R\$ 10.000,00 para cada um dos recorrentes, mostra-se irrisório diante da gravidade do evento, do dano e sofrimento causado, devendo ser majorado para R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

A esse respeito:

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação indenizatória por danos morais e materiais. Colisão de veículos. Óbito do pai e marido dos autores. Responsabilidade subjetiva da parte ré. Presença de culpabilidade do réu no evento. Súmula 7 do STJ. Indenização por danos morais. Súmula 7 do STJ. Pensionamento por ilícito civil que não se confunde com a pensão paga pelo INSS. Dependência entre cônjuges presumida. Agravo interno não provido.

(...)

2. No que concerne ao montante fixado a título de indenização por danos morais, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso. *Dessa forma, não se mostra desproporcional a fixação em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de reparação moral decorrente de acidente de trânsito que resultou no óbito do marido e pai das autoras, que morreu carbonizado*, de modo que a sua revisão também encontra óbice na Súmula 7 do STJ.

(...)

5. Agravo interno não provido (AgInt no AREsp 1.517.574/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 04/02/2020)

Processual Civil e Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Morte de preso. Danos morais. Valor. Caso concreto. Manutenção.

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC” (Enunciado Administrativo n. 3).

2. É firme o entendimento deste Tribunal Superior de não admitir, em sede de recurso especial, a revisão do montante fixado pela instância de origem a título de danos morais, salvo em situações excepcionais, em que o quantum indenizatório seja indubitavelmente irrisório ou exorbitante, conforme óbice estampado na Súmula n. 7 do STJ.

3. Hipótese em que o TJ/AM, ao confirmar a condenação do réu ao pagamento, em favor da genitora do detento morto dentro do presídio por disparo de arma de fogo, a título de danos morais, levou em conta a gravidade do caso vertente, que trata da perda de um filho que se encontrava sob a tutela do Estado, bem assim os parâmetros adotados pelo STJ em situações similares.

4. Agravo interno desprovido (AgInt no REsp 1.685.425/AM, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20/09/2019)

Notas: Indenização por dano moral: R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Administrativo e Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. *Responsabilidade civil do Estado. Acidente automobilístico. Animal na pista. Dever de vigilância. Omissão. Responsabilidade subjetiva. Acórdão recorrido em dissonância com o entendimento desta Corte. Sentença condenatória restabelecida. Agravo interno improvido.*

(...)

VII. Agravo interno improvido (AglInt no REsp 1.658.378/PB, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 02/09/2019)

Indenização por dano moral: R\$ 160.000,00 (cento e sessenta mil reais).

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso especial, para fixar os danos materiais e majorar os danos morais, nos termos acima consignado.

É como voto