

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 61.814 - MT (2019/0268562-5)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
RECORRENTE : ASSOC DOS SARGENTOS, SUBTENETES E
OFICIAIS ADMINISTRATIVOS E ESPECIALISTAS ATIVOS E
INATIVOS DA POLÍCIA MILITAR E BOMBEIROS MILITAR DE
MT
ADVOGADOS : CARLOS FREDERICK DA SILVA INEZ DE ALMEIDA -
MT007355A
KALYNCA SILVA INEZ DE ALMEIDA - MT015598
RECORRIDO : ESTADO DE MATO GROSSO
PROCURADOR : CARLOS ANTONIO PERLIN - MT017040

DECISÃO

Trata-se de recurso ordinário interposto pelo ASSOCIAÇÃO DOS SARGENTOS SUBTENENTES, OFICIAIS ADMINISTRATIVOS E ESPECIALISTAS ATIVOS E INATIVOS DA POLÍTICA MILITAR E BOMBEIROS MILITAR DE MATO GROSSO contra acórdão que denegou o mandado de segurança impetrado contra o Secretário de Gestão do Estado de Mato Grosso, assim ementado (e-STJ fls. 356/357):

MANDADO DE SEGURANÇA - PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM E DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - REJEITADAS - INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE O TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS GOZADAS - POSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE PROVA CONSTITUÍDA SOBRE A TRIBUTAÇÃO DAS FÉRIAS INDENIZADAS - DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE - SEGURANÇA DENEGADA.

1 - O Secretário de Estado de Gestão de Mato Grosso reúne a qualidade de autoridade coatora, sendo parte legítima para figurar no polo passivo da ação mandamental, visto ser ele a pessoa que, nos termos do art. 29 da Lei Complementar estadual nº 566/2015, controla as atividades relacionadas ao pessoal da administração, dentre as quais se inclui a elaboração de folha de pagamento para que possa incidir o desconto do imposto de renda sobre o terço constitucional de férias gozadas dos servidores públicos.

2 - Os Estados da Federação são partes legítimas para figurar no polo passivo das ações propostas por servidores públicos estaduais que visam ao reconhecimento do direito à isenção ou à repetição do indébito relativo ao imposto de renda retido na fonte.

3 - Por consequência, o processo e julgamento de ações mandamentais que discutam tais matérias competem, também, à Justiça Estadual.

4 - Há incidência do imposto de renda sobre o adicional (1/3) de férias, gozadas ou não gozadas. Ainda que a natureza do terço constitucional de férias não esteja relacionada com a composição do salário, a incidência de imposto de renda justifica-se pela existência de acréscimo patrimonial.

Nas suas razões (e-STJ fls. 358/372), a recorrente sustenta que as verbas em discussão nos autos não acrescem ao patrimônio do servidor público, pois são de natureza indenizatória e, por conseguinte, insusceptíveis de incidência de Imposto de Renda. Afirma que a "documentação acostada é suficiente para demonstrar a existência do direito que se alega na peça inicial, sendo equivocada a decisão que afirma não existir prova das alegações trazidas na peça mandamental" (e-STJ fl. 365).

Contrarrazões às e-STJ fls. 379/385.

Parecer do Ministério Público Federal pelo não provimento do recurso ordinário (e-STJ fls. 391/398).

Passo a decidir.

O acórdão recorrido, ao julgar cabível a incidência de Imposto de Renda sobre o adicional de um terço (1/3) constitucional de férias gozadas, atuou em perfeita harmonia com a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, consoante atestam os seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. ADICIONAL DE 1/3 (UM TERÇO) DE FÉRIAS GOZADAS. INCIDÊNCIA DA EXAÇÃO.

1. A jurisprudência tradicional do STJ é pacífica quanto à incidência do imposto de renda sobre o adicional (1/3) de férias gozadas. Precedentes: Pet 6.243/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 13/10/2008; AgRg no AREsp 450.899/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11/03/2014; AgRg no AREsp 367.144/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 28/02/2014; AgRg no REsp 1.112.877/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 03/12/2010; REsp 891.794/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 30/03/2009; entre outros.

2. A conclusão acerca da natureza do terço constitucional de férias gozadas nos julgamentos da Pet 7.296/PE e do REsp 1.230.957/RS, por si só, não infirma a hipótese de incidência do imposto de renda, cujo fato gerador não está relacionado com a composição do salário de contribuição para fins previdenciários ou com a habitualidade de percepção dessa verba, mas, sim, com a existência, ou não, de acréscimo patrimonial, que, como visto, é patente quando do recebimento do adicional de férias gozadas.

3. Recurso especial provido, divergindo do voto do Sr. Ministro Relator.

(REsp 1.459.779/MA, Rel. p/ acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2015, DJe de 18/11/2015).

Outrossim, a "jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que os valores recebidos a título de décimo terceiro salário (gratificação natalina) são de caráter remuneratório, constituindo acréscimo patrimonial a ensejar a incidência do Imposto de Renda" (STJ, AgRg no REsp 1.489.525/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado 20/11/2014, DJe 04/12/2014).

Ademais, o Tribunal de origem consignou que a parte recorrente não instruiu o *mandamus* com prova documental destinada a amparar a alegação de que a autoridade impetrada teria determinado a incidência de Imposto de Renda sobre férias indenizadas. Transcreve-se o seguinte excerto do voto condutor do julgado, que bem demonstra essa compreensão, *in verbis*:

Compulsando os autos, verifica-se que na inicial são citados os verbetes nº 125, 136 e 215 da Súmula da Jurisprudência Predominante no Superior Tribunal de Justiça que vedam a incidência do imposto de renda no pagamento de férias e licença-prêmio não usufruídas pelo servidor público, por necessidade de serviço, e sobre a indenização em virtude de adesão a programa de demissão voluntária, respectivamente, além de outros arestos no sentido da não incidência do imposto também na hipótese de férias

usufruídas.

Com efeito, as fichas financeiras (ID 4086, 4083 4084, 4059, 4067, 4058, 4056, 4057, 4082, 4055, 4054, 4053, 4081, 4052, 4080, 4050, 4051, 4079, 4048, 4049, 4078, 4047, 4046) provam tão somente a retenção do imposto de renda no adicional de um terço (1/3) quando do pagamento das férias usufruídas.

Ao decidir pela necessidade de prova pré-constituída, a amparar o direito líquido e certo vindicado em ação de mandado de segurança, o Tribunal *a quo* atuou, igualmente, em conformidade com a orientação desta Corte Superior. Nesse sentido, colhem-se os seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ART. 489 DO CPC/2015. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. ICMS. MARGEM DE VALOR AGREGADO. COMPOSIÇÃO DO PREÇO ESTIMADO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRECEDENTES.

1. Não há falar em nulidade da decisão proferida, por ofensa ao art. 489, § 1º, do CPC/2015, quando o julgador decidiu de forma fundamentada, identificando de forma clara e objetiva as teses adotadas e, ainda, amparado em precedentes que se ajustam ao caso concreto.

2. O mandado de segurança exige a prova pré-constituída do direito alegado, por ser rito incompatível com a existência de dilação probatória. A propósito: AgInt no MS 24.517/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, DJe 21/11/2018.

3. No caso, negou-se provimento ao presente recurso ordinário diante da ausência de prova pré-constituída do direito, a saber, da alegada dessintonia entre os índices adotados como margem de valor agregado pelo Estado do Amazonas (Resolução 29/2016 - SEFAZ) e a realidade do mercado.

4. Nas hipóteses em que se questiona a definição da Margem de Valor Agregado, a Primeira Turma deste STJ vem ressaltando essa discussão para as vias ordinárias ante a necessidade de dilação probatória. Nesse sentido: AgInt nos EDcl no RMS 45.202/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 13/06/2018; e RMS 43.781/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 22/05/2014.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no RMs 57.352/AM, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 26/02/2019).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INEXISTÊNCIA DE ATO ILEGAL OU ABUSIVO A SER COMBATIDO VIA MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Cuida-se de recurso ordinário em Mandado de Segurança, objetivando a suspensão da exigibilidade de suposto débito de ICMS junto ao Estado da Paraíba, o qual enviou ao impetrante notificação convidando-o para recolhimento espontâneo da diferença de tributo.

2. O Mandado de Segurança detém, entre os seus requisitos, a comprovação inequívoca de direito líquido e certo pela parte impetrante, por meio da chamada prova pré-constituída, inexistindo espaço para a dilação probatória na célere via do mandamus. Para a demonstração do direito líquido e certo, é necessário que, no momento da sua impetração, seja facilmente aferível a extensão do direito alegado e que este possa ser prontamente exercido.

3. Caso em que o Tribunal de origem denegou a ordem, ao fundamento de inexistência de comprovação do direito líquido e certo

alegado. Assim, inviável o acolhimento da pretensão na via estreita do Manda do Segurança.

4. Agravo Interno da empresa desprovido.
(AgInt no RMS 43.109/PB, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/02/2019, DJe de 22/02/2019).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO. ICMS. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO COATOR: NEGATIVA DE EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. RETIRADA DA SOCIEDADE ANTES DO FATO GERADOR DOS TRIBUTOS EXIGIDOS. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado contra ato da Secretária de Fazenda do Estado de Goiás que negou expedir Certidão Negativa de Débito em nome da recorrente em virtude de débito da pessoa jurídica à qual pertenceu no quadro societário.

2. À fl. 99 consta certidão positiva de débitos em nome da impetrante, ora recorrente, noticiando a existência de débito relativo a 13 processos.

3. Por outro lado, não consta dos autos prova que corrobore a afirmação da recorrente de que todos os fatos geradores dos tributos cobrados se deram após sua retirada da sociedade.

4. Com efeito, o Mandado de Segurança possui como requisito inarredável a comprovação inequívoca de direito líquido e certo pela parte impetrante, por meio da chamada prova pré-constituída, inexistindo espaço, nessa via, para a dilação probatória. Para a demonstração do direito líquido e certo, é necessário que, no momento da sua impetração, seja facilmente aferível a extensão do direito alegado e que seja prontamente exercido. Precedentes do STJ.

5. Recurso em Mandado de Segurança não provido.
(RMS 54.123/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 09/10/2017).

Ante o exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao recurso ordinário (art. 34, XVIII, "b", do RISTJ).

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator