SUSPENSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA 107 GOIÁS

REGISTRADO	**: MINISTRO PRESIDENTE**
REQTE.(S)	: ESTADO DE GOIÁS
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS
REQDO.(A/S)	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S)	: SINDICATO DE HOTEIS REST BARES SIM MUN C NOVAS R QUENTE
ADV.(A/S)	: FLAVIO LEANDRO PALMERSTON ABRANTES

DECISÃO:

Vistos.

Cuida-se de suspensão de liminar ajuizada pelo ESTADO DE GOIÁS contra decisão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS, nos autos do Agravo de Instrumento nº 5016681.41.2017.8.09.0000, que confirmou o provimento liminar deferido na Ação Ordinária nº 0001771.72.2016.8.09.0051.

Em despacho publicado no DJe de 18/02/2019, determinei a emenda da inicial, para juntada do acórdão exarado no julgamento do AI nº 5016681.41.2017.8.09.0000 pelo TJGO e eventual recurso, bem como decisões que, por referência, embasam a conclusão da decisão objeto do pedido de suspensão, a fim de se proceder ao juízo perfunctório, próprio ao pedido de contracautela, acerca da matéria constitucional alegadamente controvertida e decidida na origem, sob pena de indeferimento (CPC/2015, art. 321, parágrafo único).

Com razão o Estado de Goiás, na Petição nº 7882/2019 quando indica que o acórdão objeto do presente pedido de contracautela encontra-se nos autos, "no bojo do arquivo 15339382468 ('Documentos comprobatórios 10')". Do teor do acórdão, tem-se que o TJGO limitou-se a confirmar a decisão liminar **parcialmente** deferida em favor do SINDICATO DE HOTÉIS, RESTAURANTES, BARES E SIMILARES DOS MUNICÍPIOS DE CALDAS NOVAS E RIO QUENTE-GO (SINDHORBS), nos autos da Ação Ordinária nº 0001771.72.2016.8.09.0051, estando assim ementado:

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 632A-0771-2CCA-3108 e senha F382-DE62-B620-2250

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. ADICIONAL DE 2% NA ALÍQUOTA DO ICMS DESTINADO A PROVER OS RECURSOS DO FUNDO DE PROTEÇÃO SOCIAL DO ESTADO DE GOIÁS (PROTEGE GOIÁS). ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. RECURSO SECUNDUM EVENTUM LITIS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE E TERATOLOGIA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. NECESSIDADE. 1. O agravo de instrumento é um recurso secundum eventum litis, por meio do qual se aprecia o acerto ou desacerto da decisão agravada, sendo vedado a esta instância recursal analisar matéria que não tenha integrado o provimento judicial atacado. 2. Configurados os requisitos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela, especialmente a probabilidade do direito, bem como ausente qualquer situação de abusividade, ilegalidade ou teratologia na decisão de primeira instância, que se encontra bem fundamentada e é fruto do livre convencimento motivado do magistrado condutor do processo de origem, impõe-se a sua manutenção. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO" (eDoc. 10, p.155).

A decisão liminar de primeira instância tem a seguinte fundamentação:

> "[...]
>
> No caso concreto, há inúmeros precedente do TJGO sobre a matéria, entendendo pela ilegitimidade do índice de 2% sobre a energia.
>
> Cumulativamente ao argumento da existência do direito a ser protegido até decisão final, incumbe ao autor comprovar também existir ameaça ou lesão à sua pretensão em virtude da demora da tramitação do processo (dano ou risco de dano).
>
> Nesta hipótese, o perigo é certo, pois o lançamento do nome em cadastro de mau pagador, como protesto e serasa, além da dívida ser inscrita, acarreta séria restrição à atividade econômica da empresa.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 632A-0771-2CCA-3108 e senha F382-DE62-B620-2250

> Nestes termos, DEFIRO a liminar" (eDoc. 11).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Procuradora-Geral da República, **Raquel Elias Ferreira Dodge**, manifestou-se pelo deferimento do pedido de suspensão, estando o documento assim ementado:

> "SUSPENSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA. ICMS. ALÍQUOTA. ADICIONAL. QUEDA NA ARRECADAÇÃO DO TRIBUTO. IMPACTO NAS FINANÇAS ESTADUAIS. LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA EVIDENCIADA. PRESENÇA DE PROVÁVEL EFEITO MULTIPLICADOR. DEFERIMENTO DA CONTRACAUTELA.
>
> 1. Pedido de suspensão formulado contra decisão que afastou a cobrança de adicional destinado a programa de combate à pobreza, incidente sobre a alíquota do ICMS dos serviços de energia elétrica.
>
> 2. O afastamento de adicional incidente sobre a alíquota do ICMS, com consequente redução na arrecadação do imposto, causa risco de grave lesão à economia pública, uma vez que gera grave impacto nas finanças estaduais, além de injustificado embaraço na execução das políticas públicas.
>
> 3. Evidenciada a possibilidade de concretização do chamado efeito multiplicador, bem como o impacto no orçamento público estadual e a lesão à economia pública.
>
> – Parecer pelo deferimento do pedido de suspensão" (eDoc. 24).

É o relatório. Decido.

Sobressai informação extraída do eDoc. 10 (pp. 17 e 21), do qual se depreende que **o Estado de Goiás interpôs embargos declaratórios** contra a antecipação de tutela deferida em seu desfavor em primeira instância (a qual foi objeto também do AI nº 5016681.41.2017.8.09.0000), a fim de que '[fosse] esclarecido, na parte dispositiva se a liminar concedida alcança apenas o adicional de 2% destinados ao FUNDO PROTEGE, ou se

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 632A-0771-2CCA-3108 e senha F382-DE62-B620-2250

abrange a totalidade dos pedidos formulados acerca da seletividade, ou seja, redução da alíquota de 29% para 17%'.

Os embargos declaratórios foram julgados pelo juízo de primeira instância, na Ação Ordinária nº 0001771.72.2016.8.09.0051, no sentido de "esclarece[r] que a liminar abrange apenas o PROTEGE de 2%" (eDoc. 10, p. 48).

Dessa perspectiva, tem-se que o presente pedido de suspensão tem os seus limites objetivos delimitados pelo conteúdo da tutela provisória deferida na Ação Ordinária nº 0001771.72.2016.8.09.0051 e confirmada no julgamento do AI nº 5016681.41.2017.8.09.0000 em favor do SINDHORBS, no sentido de afastar a cobrança de alíquota de dois pontos percentuais acrescida à alíquota do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços (ICMS) incidente sobre operações internas com energia elétrica, assim disciplinada no art. 27, § 5º c/c inciso XI, alínea b, item 1 do mesmo dispositivo da Lei nº 11.651/1991 do Estado de Goiás.

O instituto da contracautela não autoriza que o Supremo Tribunal Federal substitua-se às instâncias judicantes competentes na análise do mérito do direito controvertido na Ação Ordinária nº 0001771.72.2016.8.09.0051, tampouco que se proceda à análise **per saltum** da matéria referente à definição do alcance da prescrição constitucional da possibilidade de o ICMS "ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços" (CF/88, art. 155, §2º, III).

Observados os limites de cognição estrita possível nessa via, tem-se que a matéria decidida provisoriamente na origem ajusta-se ao conteúdo da matéria submetida à sistemática da repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE nº 714.139/SC-RG (Relator o Min. **Marco Aurélio**, DJe de 26/9/14), com manifestação do Relator no sentido de que "o quadro é passível de repetir-se em inúmeros processos considerada a prática de alíquotas diferenciadas quanto a energia elétrica e serviços de comunicação".

É legítimo que a definição da tese de repercussão geral no RE nº 714.139/SC-RG oriente a solução da matéria constitucional também sob a

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 632A-0771-2CCA-3108 e senha F382-DE62-B620-2250

perspectiva do adicional de alíquota de ICMS decidida em caráter provisório pelo TJGO na Ação Ordinária nº 0001771.72.2016.8.09.0051, tendo em vista a tendência de objetivação da análise do recurso extraordinário veiculador de matéria dotada de repercussão geral e considerada a necessidade de estabelecer um só critério para eliminar a situação de permanente incerteza jurídica a respeito do tema, assim explicitada em precedentes do STF:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. ALTERAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. LEI N. 9.718/98. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 239 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. O Supremo Tribunal Federal tem entendido, a respeito da tendência de não-estrita subjetivação ou de maior objetivação do recurso extraordinário, que ele deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento" (RE nº 475.812/SP-AgR, Rel. Min. **Eros Grau**, Segunda Turma, DJ de 4/8/2006).

> "Eu queria lembrar também que já é pacífica a jurisprudência do Tribunal, inclusive, quanto a essa possibilidade de nos depararmos, essa... isso até é uma modificação que se faz em relação ao sistema difuso na jurisprudência do Supremo e na jurisprudência de outros tribunais. No âmbito de outros tribunais, não se pode emitir um juízo censório de inconstitucionalidade se a questão não estiver posta, não for essencial à solução da controvérsia, diferentemente do que ocorre no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Essa já é uma jurisprudência pacífica. Eu cito o RE nº 102.553 da relatoria do ministro Francisco Rezek. À época, inclusive, o RE, o recurso do contribuinte, teve provimento negado. Não obstante, o Tribunal entendeu de declarar a inconstitucionalidade de uma Resolução. Só para deixar claro que isso é possível: quando o Tribunal, na discussão, depara-se

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 632A-0771-2CCA-3108 e senha F382-DE62-B620-2250

> com uma norma que é inconstitucional, embora ela não vá ser aplicada ao caso concreto, entende-se, no âmbito da Corte, que é possível se fazer esse exame. E esse é o entendimento pacífico. E, inclusive, o ministro Sepúlveda Pertence teve oportunidade, antes mesmo da repercussão geral, de dizer que isso era um *quid* que levava já à objetivação do recurso extraordinário. Só para deixar isso claro" (manifestação do Min. **Gilmar Mendes** nos debates do RE nº 632.265/RJ, Plenário, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 5/10/2015, fls. 30 e 31 do acórdão).

Ademais, o Supremo Tribunal Federal possui precedentes reiterados, anteriores e posteriores à EC nº 42/2003, no sentido da vigência de adicionais criados dos Estados-membros e pelo Distrito Federal para financiamento dos respectivos Fundos de Combate à Pobreza previsto no art. 82, §1º do ADCT, **in verbis**:

> "Art. 82. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir Fundos de Combate á Pobreza, com os recursos de que trata este artigo e outros que vierem a destinar, devendo os referidos Fundos ser geridos por entidades que contem com a participação da sociedade civil.
>
> § 1º Para o financiamento dos Fundos Estaduais e Distrital, poderá ser criado adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, sobre os produtos e serviços supérfluos e nas condições definidas na lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, da Constituição, não se aplicando, sobre este percentual, o disposto no art. 158, IV, da Constituição."

Sobre o tema, destaco trecho dos fundamentos exarados pelo Min. **Gilmar Mendes** ao decidir a ACO nº 1039/MS:

> "[...]
>
> Em relação à validade e ao prazo de vigência dos adicionais criados pelos Estados e Distrito Federal entre as ECs 31/2000 e 42/2003 ou, naquilo que estivesse em conflito com a lei

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 632A-0771-2CCA-3108 e senha F382-DE62-B620-2250

complementar federal (ainda inexistente), criou-se a seguinte regra de transição prevista no art. 4º da EC 42/2003, in verbis:

> "Art. 4º Os adicionais criados pelos Estados e pelo Distrito Federal até a data da promulgação desta Emenda, naquilo em que estiverem em desacordo com o previsto nesta Emenda, na Emenda Constitucional 31,de 14 de dezembro de 2000, ou na lei complementar de que trata o art. 155, §2º, XII, da Constituição, terão vigência, no máximo, até o prazo previsto no art. 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias".

Por sua vez, o art. 79 do Ato das Disposições Constitucionais estipulou como prazo para vigorar o Fundo de Combate à Pobreza Federal até o ano de 2010. Confira-se:

> "Art. 79. É instituído, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida".

Entretanto, a Emenda Constitucional 67/2010, em seu art. 1º, prorrogou por tempo indeterminado o prazo previsto no artigo supra, a saber:

> "Art. 1º Prorrogam-se, por tempo indeterminado, o prazo de vigência do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza a que se refere o caput do art. 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e, igualmente, o prazo de vigência da Lei Complementar nº 111, de 6 de julho de 2001, que "Dispõe sobre o Fundo de Combate e

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 632A-0771-2CCA-3108 e senha F382-DE62-B620-2250

> Erradicação da Pobreza, na forma prevista nos arts. 79, 80 e 81 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias."
>
> Dessa forma, qualquer legislação posterior à EC 33/2001, bem ainda anterior ou posterior à EC 42/2003, ou mesmo à Lei Complementar na forma do art. o art. 155, §2º, XII, da Constituição (ainda não editada), naquilo em que conflitar com tais normas, prevaleceria, no máximo, até o prazo previsto no art. 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (inicialmente até 2010 e atualmente prorrogado por tempo indeterminado).
>
> Consequentemente, naquilo que não conflitar com as ECs 33/2001 e 42/2003, até que sobrevenha a lei complementar federal prevista no art. 82, § 2º, do ADCT, valerá o disposto na legislação estadual.

Em juízo perfunctório da matéria controvertida na origem, entendo presente os requisitos que autorizam a intervenção excepcional dessa Suprema Corte em sede do pedido de contracautela, quais sejam: a existência de matéria constitucional em debate na Ação Ordinária nº 0001771.72.2016.8.09.0051 e a potencialidade lesiva da decisão liminar proferida pelo TJGO aos valores públicos tutelados pelo instituto da suspensão de tutela provisória, previstos na Lei nº 8.437/1992:

> "Art. 4° Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas."

O Fundo de Combate a Pobreza constitui inciativa que visa "viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência,

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 632A-0771-2CCA-3108 e senha F382-DE62-B620-2250

cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida" (CF/88, art. 79, **caput**), o que vai ao encontro dos objetivos qualificados como fundamentais na Constituição Federal (art. 3º), em especial a construção de uma sociedade solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais.

Ademais, a decisão objeto do presente pedido de contracautela foi proferida em sede de ação coletiva, circunstância que, somada ao risco de efeito multiplicador – decorrente da existência de inúmeros contribuintes em situação similar ao das sociedades empresárias substituídas pelo SINDHORBS –, constitui fundamento suficiente a revelar a grave repercussão sobre a ordem e a economia públicas e justificar o deferimento da liminar pleiteada.

Nesse sentido:

> "AGRAVO REGIMENTAL NA EXTENSÃO NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA E SERVIÇOS. ICMS. REDUÇÃO DA ALÍQUOTA INCIDENTE SOBRE SERVIÇOS DE TELECOMINICAÇÃO E ENERGIA ELÉTRICA. DEMONSTRAÇÃO DE GRAVE LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA. OCORRÊNCIA DE EFEITO MULTIPLICADOR. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS OU FATOS NOVOS CAPAZES DE INFIRMAR A DECISÃO RECORRIDA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO" (SS nº 3.977/RJ-Extn-AgR, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, Tribunal Pleno, DJe de 18/4/2018).

> "1. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. Ajuizamento no Supremo Tribunal Federal. Impugnação a decisão que concede efeito suspensivo ativo a agravo de instrumento. Admissibilidade. Incidente conhecido. Agravo regimental improvido. Precedentes. É admissível pedido de suspensão, que versa questão constitucional, contra decisão que concede efeito

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 632A-0771-2CCA-3108 e senha F382-DE62-B620-2250

> suspensivo ativo em agravo de instrumento. 2. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. Efeito multiplicador. Lesão à ordem pública. Ocorrência. Pedido deferido. Agravo regimental improvido. O chamado 'efeito multiplicador', que provoca lesão à ordem pública, é fundamento suficiente para deferimento do pedido de suspensão" (SS nº 4.321/DF-AgR, Rel. Min **Cezar Peluso**, Tribunal Pleno, DJe de 30/6/2011).
>
> "1. Teto de remuneração de Procuradores da Previdência Social, segundo o disposto na Medida Provisória nº 409-94, convertida na Lei nº 8.852-94, em confronto com os artigos 37 e 39, §1º, da Constituição. 2. Relevância dessa questão constitucional, aliada à amplitude da liminar concedida, a abranger genericamente, vantagens ditas individuais, mas reclamadas por meio de mandado coletivo. Grave repercussão sobre a economia pública. Agravo da associação de classe, a que, por maioria de votos, se nega provimento" (SS nº 634/DF_AgR, Rel. Min. **Otávio Gallotti**, Tribunal Pleno, DJ de 8/8/2003).

Ante o exposto, **defiro o pedido para suspender os efeitos da decisão que antecipou a tutela na Ação Ordinária nº 0001771.72.2016.8.09.0051** (confirmada no AI nº 5016681.41.2017.8.09.0000).

Comunique-se.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 10 de abril de 2019.

Ministro **DIAS TOFFOLI**
Presidente
Documento assinado digitalmente

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp sob o código 632A-0771-2CCA-3108 e senha F382-DE62-B620-2250