

14ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RJ

APELAÇÃO CÍVEL

PROCESSO Nº 0422162-57.2016.8.19.0001

APELANTE: SINDICATO DAS INDUSTRIAS METALURGICAS MECÂNICAS AUTOMOTIVAS DE INFORMÁTICA E DE MATERIAL ELETROELETRÔNICO DO MÉDIO PARAÍBA E SUL FLUMINENSE - METALSUL

APELADO: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATOR: DESEMBARGADOR JOSÉ CARLOS PAES

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. FUNDO ESTADUAL DE EQUILÍBRIO FISCAL.

1. A ação constitucional do mandado de segurança é o meio posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, com fundamento no texto do inciso LXIX do artigo 5º da Constituição da República.

2. O ICMS é uma derivação do antigo ICM, que por sua vez é fruto do velho IVC (Imposto sobre Vendas e Consignações), existente até a Emenda 18 de 65. Com esta Emenda foi criado o ICM, e com a CRFB de 88, o ICMS.

3. O ICMS não incide apenas sobre a circulação de mercadorias, na verdade há cinco incidências: circulação de mercadorias; prestação de serviços de comunicação; prestação de serviços de transporte intermunicipal; prestação de serviços não incluídos na competência municipal, desde que em conjunto com o fornecimento de mercadoria; e importação de bem (independentemente deste bem ser mercadoria, trata-se de incidência que possui regra matriz própria, no artigo 155, § 2º, IX.)

4. Saliente-se que o ICMS é denominado como “tributo indireto”, ou seja, aquele que comporta, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro, por conseguinte, a pessoa jurídica realiza apenas o repasse do valor à Fazenda

Estadual, de forma que ela figura como contribuinte de direito e o consumidor final do produto como contribuinte de fato.

5. O Fundo Estadual de Equilíbrio Financeiro foi instituído pela Lei Estadual nº 7.428/2016 e regulamentado pelo Decreto nº 45.810/2016.

6. Na forma do artigo 2º do referido diploma legal, a continuidade da fruição de benefício fiscal depende do recolhimento a Fundo (FEEF) de 10% (dez por cento) da diferença do imposto calculado com e sem a utilização do benefício já concedido à empresa contribuinte do ICMS.

7. O impetrante pretende demonstrar que o referido “fundo” se trata de nova espécie tributária e que afronta dispositivos da Constituição da República e do Código Tributário Nacional.

8. O Órgão Especial desta Corte, deixando de referendar a decisão monocrática do relator, que suspendia a exigibilidade da exação prevista na Lei Estadual nº 7.428/2016, indeferiu a liminar pretendida na Representação de Inconstitucionalidade nº 0063240-02.2016.8.19.0000.

9. A *quaestio* foi levada ao exame do Supremo Tribunal Federal, pela ADI nº 5.635, na qual igualmente foi negada a liminar pretendida, conforme decisão proferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso, em 03/05/2017, e se encontra pendente de julgamento no Pretório Excelso.

10. A questão jurídica discutida no presente *mandamus* ainda reclama pacificação nos tribunais pátrios, a revelar, portanto, a ausência do alegado direito líquido e certo.

11. É necessário salientar que a natureza jurídica da cobrança, bem como a apontada afronta a dispositivos constitucionais e legais em razão da destinação específica dos recursos do fundo, são questões que demandam ampla dilação probatória, incompatível com a abreviada via mandamental.

12. Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esta Apelação Cível, nos autos do processo nº **0422162-57.2016.8.19.0001**, em que é apelante o **SINDICATO DAS INDUSTRIAS METALURGICAS MECÂNICAS AUTOMOTIVAS DE INFORMÁTICA E DE MATERIAL ELETROELETRONICO DO MÉDIO PARAÍBA E SUL FLUMINENSE - METALSUL** e apelado **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**.

Acordam os Desembargadores que integram a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer o recurso e a ele negar provimento.

VOTO

Conhece-se o recurso, pois tempestivo e corretamente preparado, presentes os demais requisitos para a sua admissibilidade.

Insurge-se, o apelante, contra a sentença que denegou a segurança pretendida, consistente em que as empresas por ele representadas não sejam obrigadas a efetuar o recolhimento de 10% (dez por cento) do valor referente a incentivos fiscais relativos ao ICMS, destinados ao FEEF (Fundo Especial de Equilíbrio Fiscal).

Ab initio, registre-se que a ação constitucional do mandado de segurança é o meio posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, com fundamento no texto do inciso LXIX do artigo 5º da Constituição da República.¹

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for

Confirmam-se as lições de José Afonso da Silva:

O mandado de segurança é, assim, um remédio constitucional, com natureza de ação civil, posto à disposição de titulares de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.²

Visa o *mandamus*, como se nota, amparar direito pessoal líquido e certo.

Conceituando direito líquido e certo, Hely Lopes Meirelles ensina que:

(...) é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante; se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios jurídicos.³

Registre-se que o ICMS é uma derivação do antigo ICM, que por sua vez é fruto do velho IVC (Imposto sobre Vendas e Consignações), existente até a Emenda 18 de 65. Com esta Emenda foi criado o ICM, e com a CRFB de 88, o ICMS.

A Constituição da República de 1988 criou imposto sobre mercadorias e prestação de serviço de comunicação e transporte interestadual e intermunicipal, que a rigor eram serviços pertencentes não ao Município e sim à União. Com a criação do ICMS, passam à esfera do Estado.

autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

² DA SILVA. José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27ª edição. São Paulo: Malheiros, p. 447.

³ MEIRELLES. Hely Lopes. *Mandado de Segurança e Ação Popular*. São Paulo: Malheiros, p. 11.

O ICMS não incide apenas sobre a circulação de mercadorias, na verdade há cinco incidências: circulação de mercadorias; prestação de serviços de comunicação; prestação de serviços de transporte intermunicipal; prestação de serviços não incluídos na competência municipal, desde que em conjunto com o fornecimento de mercadoria; e importação de bem (independentemente deste bem ser mercadoria, trata-se de incidência que possui regra matriz própria, no artigo 155, § 2º, IX.)⁴

Saliente-se que o ICMS é denominado como “tributo indireto”, ou seja, aquele que comporta, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro, por conseguinte, a pessoa jurídica realiza apenas o repasse do valor à Fazenda Estadual, de forma que ela figura como contribuinte de direito e o consumidor final do produto como contribuinte de fato.

Por seu turno, o Fundo Estadual de Equilíbrio Financeiro foi instituído pela Lei Estadual nº 7.428/2016 e regulamentado pelo Decreto nº 45.810/2016.

Trata-se de medida emergencial e temporária destinada a manutenção do equilíbrio das finanças públicas e previdenciárias do Estado do Rio de Janeiro.

Na forma do artigo 2º do referido diploma legal, a continuidade da fruição de benefício fiscal depende do recolhimento a Fundo (FEEF) de 10% (dez por cento) da diferença do imposto calculado com e sem a utilização do benefício já concedido à empresa contribuinte do ICMS.⁵

⁴ IX - incidirá também:

a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

b) sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

⁵ Art. 2º- A fruição do benefício fiscal ou incentivo fiscal, já concedido ou que vier a ser concedido, fica condicionada ao depósito ao FEEF do montante equivalente ao percentual de 10% (dez por cento) aplicado sobre a diferença entre o valor do imposto calculado com e sem a utilização de benefício ou incentivo fiscal concedido à empresa contribuinte do ICMS, nos termos do Convênio ICMS 42, de 3 de maio de 2016, já considerado no aludido percentual a base de cálculo para o repasse constitucional para os Municípios (25%).

Pois bem.

Na espécie, o impetrante pretende demonstrar que o referido “fundo” se trata de nova espécie tributária e que afronta dispositivos da Constituição da República e do Código Tributário Nacional.

O Órgão Especial desta Corte, deixando de referendar a decisão monocrática do relator, que suspendia a exigibilidade da exação prevista na Lei Estadual nº 7.428/2016, indeferiu a liminar pretendida na Representação de Inconstitucionalidade nº 0063240-02.2016.8.19.0000.

Transcreve-se, por oportuno, a ementa do julgado:

REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 7.428 DE 25 DE AGOSTO DE 2016 E DECRETO Nº 45.810, DE 03 DE NOVEMBRO DE 2016, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, QUE INSTITUIU O FUNDO ESTADUAL DE EQUILÍBRIO FISCAL - FEEF, CONDICIONANDO A FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO FISCAL OU INCENTIVO FISCAL, JÁ CONCEDIDO OU QUE VIER A SER CONCEDIDO, AO DEPÓSITO NO VALOR CORRESPONDENTE A 10% DA DIFERENÇA ENTRE O VALOR DO ICMS CALCULADO COM E SEM UTILIZAÇÃO DE BENEFÍCIO OU INCENTIVO FISCAL CONCEDIDO À EMPRESA CONTRIBUINTE. LIMINAR DEFERIDA PARA SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DA EXAÇÃO, SUBMETENDO O RELATOR ORIGINÁRIO A DECISÃO MONOCRÁTICA A REFERENDO DESTE ÓRGÃO ESPECIAL. ENTENDIMENTO FIRME DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO SENTIDO DE QUE NÃO SE SUJEITAM AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE AS NORMAS QUE ALTERAM O PRAZO PARA O PAGAMENTO DO TRIBUTO, AINDA QUE ANTECIPANDO-O (RE 274.949/SC), ASSIM COMO OS ATOS NORMATIVOS RELATIVOS À ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DA BASE DE CÁLCULO OU DO VALOR DA EXAÇÃO (RE 200.844/PR). NÃO RATIFICAÇÃO DA LIMINAR. ⁶

⁶ BRASIL. TJRJ. Processo nº 0063240-02.2016.8.19.0000 - DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Des(a). JOSÉ CARLOS MALDONADO DE CARVALHO - Julgamento: 20/02/2017 - OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ORGAO ESPECIAL.

Por seu turno, a *quaestio* foi levada ao exame do Supremo Tribunal Federal, pela ADI nº 5.635, na qual igualmente foi negada a liminar pretendida, conforme decisão proferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso, em 03/05/2017, e se encontra pendente de julgamento no Pretório Excelso.

Assim, em razão do ajuizamento da referida ação direta de inconstitucionalidade, o trâmite da Representação de Inconstitucionalidade em curso neste Tribunal foi suspenso, restando reconhecida a hipótese de prejudicialidade externa.

Transcreve-se a ementa do *decisum*:

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL Nº 7.428/2016. AJUIZAMENTO DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PERANTE O E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL VERSANDO O MESMO ATO NORMATIVO. HIPÓTESE DE PREJUDICIALIDADE EXTERNA, MORMENTE PORQUE O FUNDAMENTO DE AMBAS AS AÇÕES RECONDUZ A NORMAS DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA PELOS ESTADOS. NECESSIDADE DE SUSPENSÃO DO FEITO, NA FORMA DO ARTIGO 313, V, A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PARECER MINISTERIAL EM CONSONÂNCIA. **SOBRESTAMENTO DO FEITO.**

Dessa forma, imperioso reconhecer que a questão jurídica discutida no presente *mandamus* ainda reclama pacificação nos tribunais pátrios, a revelar, portanto, a ausência do alegado direito líquido e certo.

Assim, mostra-se ainda hígida a presunção de legitimidade da cobrança implementada pelo diploma legal local referido alhures, o que autoriza a cobrança destinada do Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal.

Além disso, é necessário salientar que natureza jurídica da cobrança, bem como a apontada afronta a dispositivos constitucionais e legais em razão da destinação específica dos

recursos do fundo, são questões que demandam ampla dilação probatória, incompatível com a abreviada via mandamental.

Nesse sentido, colacionam-se os seguintes precedentes desta Corte:

APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO TRIBUTÁRIO. Adicional temporário de ICMS previsto na Lei Estadual nº 7.428/16, que instituiu o fundo de equilíbrio fiscal do Estado do Rio de Janeiro FEEF/RJ. Recolhimento de 10% para o referido fundo. Regularidade. Hipótese de exclusão do dever de recolher a exação não verificado. Constitucionalidade do supramencionado diploma legal apreciada pelo Órgão Especial deste Tribunal, na representação de inconstitucionalidade nº 0063240-02.2016.8.19.0000, que reconheceu, em sede liminar, a constitucionalidade na constituição do referido fundo. Ausência do direito líquido e certo alegado pela impetrante. Necessidade de ampla dilação probatória, inadmitida na via mandamental. Acerto da sentença. Precedentes. RECURSO NÃO PROVIDO.⁷

Apelação Cível. Ação ordinária em que se pretende suspensão da exigibilidade do depósito relativo ao **FEEF (Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal)** e afastamento da majoração de alíquotas referentes ao FECP (Fundo Estadual de Combate à Pobreza). Sentença de procedência parcial que atendeu ao pedido autoral com relação ao FECP, mas não com relação ao FEEF. Apelo interposto pela autora. Manifestação da patrona da autora/ apelante, na tribuna, contra a indicação de remessa necessária, que, segundo aponta, não deveria ser conhecida em razão do valor em discussão relativamente ao FECP e, no mérito, mantida a sentença quanto a esse tópico. Tema referente ao FECP bem resolvido na sentença. **Pleito recursal, direcionado ao FEEF, que não é acolhido. Diploma legal que foi objeto de representação da inconstitucionalidade nº 0063240-02.2016.8.19.0000, tendo o Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, que reconheceu a sua constitucionalidade.** Princípios da legalidade e da an-

⁷ BRASIL. TJRJ. Processo nº 0005500-49.2017.8.19.0001 – APELAÇÃO. Des(a). CLÁUDIO LUIZ BRAGA DELL'ORTO - Julgamento: 06/11/2019 - DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL.

terioridade. Não violação. Jurisprudência sobre o tema. Desprovemento do recurso.⁸

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO IMPUGNADA QUE DEFERIU A TUTELA DE URGÊNCIA E SUSPENDEU A EXIGIBILIDADE DA CONTRIBUIÇÃO COMPULSÓRIA AO FUNDO ESTADUAL DE EQUILÍBRIO FISCAL - FEEF. RECURSO DO ESTADO PRETENDENDO A REVOGAÇÃO DA MEDIDA. AGRAVO QUE MERECE PROSPERAR. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA. DESTARTE, **FICOU DECIDIDO PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTE TRIBUNAL QUE A LEI QUE INSTITUI O FEEF É CONSTITUCIONAL, POIS NÃO SE TRATA DE NOVO IMPOSTO JÁ QUE O FATO GERADOR AINDA É O MESMO (ICMS). DECISÃO QUE TEM EFICÁCIA CONTRA TODOS E EFEITO VINCULANTE EM RELAÇÃO AOS DEMAIS ÓRGÃOS DESTE TRIBUNAL.** COM EFEITO, A LEI ESTADUAL QUE INSTITUI O FEEF TEM UMA PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE, QUE JÁ FOI CONFIRMADA PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTE TRIBUNAL. NESSE QUADRO, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM PROBABILIDADE DO DIREITO ALMEJADO, RAZÃO PELA QUAL MERECE SER A DECISÃO IMPUGNADA REFORMADA, COM A REVOGAÇÃO DA TUTELA. INÚMEROS PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL. RECURSO AO QUAL SE CONHECE E SE DÁ PROVIMENTO, PARA REVOGAR A TUTELA DE URGÊNCIA DEFERIDA.⁹

Por tais fundamentos, conhece-se o recurso e a ele se nega provimento.

Rio de Janeiro, 29 de janeiro de 2020.

DESEMBARGADOR JOSÉ CARLOS PAES
RELATOR

⁸ BRASIL. TJRJ. Processo nº 0005813-10.2017.8.19.0001 - APELACAO / REMESSA NECESSARIA. Des(a). WAGNER CINELLI DE PAULA FREITAS - Julgamento: 04/07/2019 - DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL.

⁹ BRASIL. TJRJ. Processo nº 0038549-16.2019.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Des(a). CINTIA SANTAREM CARDINALI - Julgamento: 13/11/2019 - VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL.

