



Apelação Cível: 0097449-52.2020.8.19.0001

**Juízo de Origem: 17ª Vara de Fazenda Pública da
Comarca da Capital**

**APELANTE: MARINE PRODUCTION SYSTEMS DO BRASIL
LTDA.**

APELADO: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Relatora: Daniela Brandão Ferreira

Direito Constitucional, Tributário e Processual Público. Mandado de Segurança com requerimento de medida liminar. Imposição de depósito de percentual sobre incentivos de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) para fomento ao Fundo Temporário (FOT). Lei Estadual n.º 8.645/2019. Inexistência de criação novo tributo, mas somente as alterações das bases de cobrança do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Lei Estadual n.º 8.645/2019 que não significou a supressão do benefício tributário de titularidade da apelante, mas apenas a redução. Inaplicabilidade do Enunciado n.º 544 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Representação por



Inconstitucionalidade de número 0083082-60.2019.8.19.0000, em trâmite no Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, que se limitou a suspender a eficácia do art. 10, I, da Lei n.º 8.645/2019, para assegurar a aplicação do princípio da anterioridade nonagesimal (art. 150, III, "c", da Constituição da República), quanto ao mais, plenamente válida e eficaz. Presunção de constitucionalidade da norma, ao menos por ora. Demais questões trazidas pelo apelante, notadamente que a redução dos benefícios e incentivos fiscais por si obtidos inviabilizaria as suas atividades, em cotejo com o cumprimento das suas condições de manutenção, em razão da instituição do Fundo Orçamentário Temporário (FOT), que demandam dilação probatória, inadmissível em sede de Mandado de Segurança. A prova pré-constituída seria medida inafastável a ser trazida pela apelante, que, todavia, ainda pode postular seu eventual direito por via própria e adequada. Desprovimento do recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível no processo número 0097449-52.2020.8.19.0001, em que é





apelante Marine Production Systems do Brasil Ltda. e apelada Estado do Rio de Janeiro.

ACÓRDÃO

ACORDAM os Desembargadores que integram a Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por **unanimidade** de votos, em negar provimento ao recurso. Sem aplicação do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, dada a incompatibilidade da norma com o caso concreto.

RELATÓRIO

Cuida-se de Mandado de Segurança com requerimento de medida liminar ajuizado por Marine Production Systems do Brasil Ltda. em face de Estado do Rio de Janeiro.

Afirma a autora que possui como atividade empresarial o fornecimento de equipamentos e acessórios relacionados à atividade de extração e produção de petróleo e gás natural e prestação de serviços de gerenciamento e apoio tecnológico avançado a atividades de desenvolvimento de campos marítimos de petróleo e hidrocarbonetos e de águas profundas, instalação e operação de equipamentos submarinos em geral. Acrescenta que, para a consecução de suas atividades, utiliza regimes aduaneiros especiais, como a admissão temporária e *drawback*, e no âmbito da tributação estadual, os benefícios de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) estão previstos no Convênio ICMS de números 03/2018 e 27/1990. Em meados de 2016, foi



publicado o Convênio ICMS n.º 42/2016, posteriormente alterado pelo Convênio ICMS n.º 17/2017, o qual autorizou os Estados e o Distrito Federal a criar condição para a fruição de incentivos e benefícios fiscais no âmbito do tributo ou reduzir o seu montante. Usando da autorização que lhe foi dada pelo Convênio ICMS n.º 42/2016, acima reproduzido, o réu internalizou suas disposições, por meio da edição da Lei Estadual n.º 7.428/2016, que impôs o depósito de 10% (dez por cento) dos incentivos de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços, com a previsão de ressarcimento dos valores recolhidos ao contribuinte em forma de extensão no tempo do benefício, para o Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal (FEEF). O depósito em questão foi objeto de diversas ações, estando, dentre elas, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.635. Neste contexto, o réu editou, em 10.12.2019, a Lei Estadual n.º 8.645/2019, que revogou a Lei Estadual n.º 7.428/2016 (FEEF). Foi, então, instituído o Fundo Orçamentário Temporário (FOT), que, como se depreende das leis, ambos têm por base o Convênio ICMS n.º 42/2016 e condiciona a fruição de benefícios ou incentivos fiscais ao depósito de 10% (dez por cento), aplicado sobre o valor do benefício auferido pelo contribuinte, leis estas eivadas de vícios, porque significou vinculação de receita de impostos a fundos ou despesas, o depósito obrigatório ao Fundo Orçamentário Temporário (FOT) trouxe como efeito prático a revogação de benefício fiscal concedido sob condição e com prazo certo e porque diversos contribuintes usufruem de benefícios fiscais não foram afetados, ferindo o princípio da isonomia.

Pede, assim, a concessão de medida liminar, a fim de determinar a suspensão da exigibilidade da obrigação de depositar juntamente ao Fundo Orçamentário Temporário (FOT) e, por fim, seja a medida liminar eventualmente deferida confirmada e, por consequência, seja julgado procedente o pedido para assegurar ao





autor o direito de não ser obrigado a se submeter ao regime de depósitos obrigatórios no Fundo Orçamentário Temporário (FOT).

Impugnação apresentada pelo Estado do Rio de Janeiro, de fls. 221/248, em que aduziu: (i) preliminarmente, a impossibilidade de mandado de segurança para impugnar lei em tese, tendo em vista que o autor pretende discutir a validade da Lei Estadual n.º 8.645/2019; (ii) no mérito, que a Lei Estadual n.º 8.645/2019 trouxe a mesma obrigação criada pela Lei Estadual n.º 7.428/2016, porque, a despeito do novo nome e de algumas alterações pontuais destinadas a aprimorar o instituto, a lei impugnada traz, em essência, a mesma obrigação já vigente desde a edição da Lei Estadual n.º 7.428/2016, qual seja, a obrigação de as empresas atualmente beneficiadas por qualquer isenção ou incentivo fiscal efetuarem, transitoriamente, enquanto estiver vigente o Regime de Recuperação Fiscal (RRF), um depósito de quantia equivalente a 10% (dez por cento) da diferença entre os valores do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), calculado com e sem a utilização do benefício fiscal; (iii) que a Lei Estadual n.º 8.645/2019 foi editada com lastro na Lei Complementar n.º 159/2017, conforme seu art. 2º, § 1º, em que determinou adesão ao Regime de Recuperação Fiscal com a condição de implementar redução dos benefícios fiscais, no mínimo de 10% (dez por cento) ao ano; (iv) que o legislador estadual teve o máximo cuidado e preocupação em criar uma medida de combate à crise fiscal apta a passar em qualquer teste de proporcionalidade/razoabilidade, pelo que a finalidade da Lei Estadual n.º 8.645/2019 é legítima do ângulo constitucional; (v) que nenhum tributo novo foi criado, apenas alterando o nome do Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal (FEET) para Fundo Orçamentário Temporário (FOT), mantida a essência do depósito obrigatório de 10% (dez por cento) do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS); (vi) que, como já decidiu o



Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, na Representação de Inconstitucionalidade n.º 0063240-02.2016.8.19.0000, deve ser rejeitado o argumento de que constituiria criação de novo tributo a obrigação de depósito de 10% (dez por cento) da diferença entre os valores do ICMS calculado com e sem a utilização do benefício fiscal, obrigação esta criada pela Lei Estadual n.º 7.428/2016 e mantida na Lei Estadual n.º 8.645/2019: (vii) que o Convênio CONFAZ n.º 42/2016 se mostra plenamente válido e eficaz; (viii) que é equivocada a ideia de que o Fundo Orçamentário Temporário (FOT) não tem vinculação a um fim específico, mas sim à busca de recursos para o equilíbrio fiscal do Estado, conforme art. 6º, da Lei n.º 8.645/2019; (ix) que a hipotética destinação irregular de recursos não afetaria a validade do tributo, porque se existente vinculação de receitas a fundo teria o efeito, única e exclusivamente, de gerar a inconstitucionalidade desta vinculação (supostamente vedada), mas não repercutiria de modo algum sobre a norma de direito tributário; (x) não houve qualquer violação ao princípio da igualdade tributária, porque sequer indicou qual seria a "situação equivalente" na qual ela se encontraria em comparação aos contribuintes listados no art. 7º da Lei n.º 8.645/2019 e já que toda isenção ou benefício fiscal é, por definição, uma desigualdade entre contribuintes; (xi) que não há, entre os anexos apresentados junto com a petição inicial, um só documento que caracterize a exigência do Fundo Orçamentário Temporário (FOT) sobre benefício fiscal concedido a prazo certo e sob condição determinada à impetrante, ausente direito líquido e certo; (xii) não haver direito adquirido à imutabilidade do regime jurídico de benefícios fiscais, sendo certo que jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que os incentivos fiscais são instrumentos de política tributária que pode ser revista; (xiii) que a lei impugnada não faz qualquer tipo de alteração no princípio da não-cumulatividade, que determina a compensação do que for devido em cada operação com o montante cobrado nas operações



anteriores, garantindo, assim, que uma mesma mercadoria ou produto não sofra incidência em cascata nas diversas operações com ela praticada; (xiv) que não houve violação ao princípio das anterioridades anual e nonagesimal, porque a Lei Estadual n.º 8.645/2019 alterou aspectos pontuais de obrigação que já existia, conforme a Lei Estadual n.º 7.428/2016; (xv) o descabimento do pedido de restituição ou compensação de valores pretéritos, diante do entendimento da Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal. Postula, assim, pelo acolhimento da preliminar e, no mérito, pela improcedência dos pedidos.

Informações, de fls. 265/276, em que se acresceu: (i) que a Lei Estadual n.º 8.645/2019 é norma que traduz providência de natureza emergencial, para reequilibrar as finanças do Estado do Rio de Janeiro, mostrando-se absolutamente normal, em momentos de crise, a superveniência de medidas destinadas a impor condições mais rígidas à fruição de benefícios ou medidas voltadas à redução ou ao cancelamento de privilégios; (ii) que não houve a criação de um novo imposto mas somente a redução, em caráter temporário, de benefícios concedidos na ordem de 10% (dez por cento); (iii) que o Fundo Orçamentário Temporário (FOT) está desvinculado de uma finalidade específica e pretende auxiliar no equilíbrio financeiro do Estado do Rio de Janeiro; (iv) que eventual reconhecimento da destinação irregular dos recursos do Fundo Orçamentário Temporário (FOT) não afeta a validade do tributo correlato; (v) que a Lei Estadual n.º 8.645/2019 não suprimiu benefícios, mas reduziu de forma temporária, de modo que *"exigir que os mais privilegiados ofertem qualquer cota de contribuição - de pequeno impacto, transitória - não implica, de modo algum, violar a segurança jurídica, de que é corolário o princípio da proteção da confiança legítima"*; (vi) que o Convênio ICMS n.º 42/2016 autorizou a que os Estados legislassem sobre as isenções e benefícios fiscais, de modo que a Lei Estadual n.º



8.645/2019 obrigou os contemplados a efetuar de forma transitória, até o final da vigência do Regime de Recuperação Fiscal; (v) que a Lei Estadual n.º 8.645/2019 observa a sistemática de não cumulatividade do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS); (vi) que os Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal (FEEF) e Fundo Orçamentário Temporário (FOT) são constitucionais, instituídos em estrita observância ao estabelecido no Convênio CONFAZ n.º 42/2016, conforme decidido nos autos da Representação por Inconstitucionalidade n.º 0063240-02.2016.8.19.0000. Postula, assim, pela improcedência dos pedidos.

Sentença de fls. 312/316, com dispositivo nos seguintes termos: *"Isto posto, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO e DENEGO A SEGURANÇA. Em consequência, julgo extinto o processo com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, I do CPC. Condeno o autor nas despesas processuais. Sem honorários. Com o trânsito em julgado, e após o cumprimento das formalidades legais, dê-se baixa e archive-se. P.I. Ciência ao MP."*

Apelação Cível, de fls. 340/356, em que repisadas as questões trazidas na petição inicial. Postula, assim, pelo provimento do recurso para sejam julgados procedentes os pedidos.

Contrarrazões, de fls. 384/401, em prestígio à sentença recorrida.

Manifestação do Ministério Público, de fls. 418/421, em que afirmou não deter interesse em funcionar no presente feito.

Processados, vieram os autos conclusos.



Relatados. Passo ao voto.

VOTO

Cuidam os autos de relação jurídica de direito material regulada pelos Direito Constitucional e Tributário.

Controverteram as partes a respeito da existência de direito líquido e certo, da apelante, a ver suspensa a exigibilidade de depósito de percentual sobre incentivos de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) para fomento ao Fundo Temporário (FOT), instituído pela Lei Estadual n.º 8.645/2019.

Incontroverso que a apelante ostenta a condição de beneficiária de incentivos e benefícios fiscais sobre o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), lastreado pelos Convênios ICMS de números 42/2016 e 17/2017, editados pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), tendo em conta o conteúdo dos documentos de fls. 44/91, igualmente, diante das afirmações das partes (art. 374, II, do Código de Processo Civil). Também incontroverso que, em razão da adesão do apelado ao Regime de Recuperação Fiscal, instituído pela Lei Complementar n.º 159/2017, que, em seu art. 2º, § 1º, III,¹ previu

¹ Art. 2º O Plano de Recuperação será formado por lei ou por conjunto de leis do Estado que desejar aderir ao Regime de Recuperação Fiscal, por diagnóstico em que se reconhece a situação de desequilíbrio financeiro e pelo detalhamento das medidas de ajuste, com os impactos esperados e os prazos para a sua adoção.

§ 1o A lei ou o conjunto de leis de que trata o caput deste artigo deverá implementar as seguintes medidas:

I - a autorização de privatização de empresas dos setores financeiro, de energia, de saneamento e outros, na forma do inciso II do § 1o do art. 4o, com vistas à utilização dos recursos para quitação de passivos;

II - a adoção pelo Regime Próprio de Previdência Social mantido pelo Estado, no que couber, das regras previdenciárias disciplinadas pela Lei no 13.135, de 17 de junho de 2015;

III - a redução dos incentivos ou benefícios de natureza tributária dos quais decorram renúncias de receitas instituídos por lei estadual ou distrital, de, no mínimo, 10% a.a. (dez por cento ao ano), ressalvados aqueles



à época redução de incentivos e benefícios fiscais em, pelo menos, 10% (dez por cento) ao ano, que afetaram diversos entes, dentre os quais a apelante, com a edição da Lei Estadual n.º 8.645/2019.

Por primeiro, refuta-se, em absoluto, que se esteja criar um tributo, tanto menos as modalidades excepcionais previstas na Constituição da República, a exemplo de empréstimo compulsório ou contribuições extraordinárias. O presente feito discute alterações das bases de cobrança do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), por força de benefícios fiscais de titularidade do apelante, que reduzidos.

Como ponderado por esta Magistrada outrora, nos autos do Agravo de Instrumento de número 0039712-94.2020.8.19.0001, agora, em juízo de certeza, as Leis Estaduais de números 7.428/2016 e 8.645/2019 são objeto de questionamentos por meio das Representações de Inconstitucionalidade de números 0063240-02.2016.8.19.0000; 0083082-60.2019.8.19.0000 e 0007931-54.2020.8.19.0000, todas em trâmite, presentemente, no Órgão Especial deste Tribunal de Justiça. As causas de pedir guardam identidade com a causa de pedir do presente feito. Na Lei Estadual n.º 7.428/2016, restou instituído o Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal (FEEF), que antecedeu ao Fundo Orçamentário Temporário (FOT), aludido na Lei Estadual n.º 8.645/2019. Outrossim, a Lei

concedidos por prazo certo e em função de determinadas condições e aqueles instituídos na forma estabelecida pela alínea "g" do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal;

IV - a revisão do regime jurídico único dos servidores estaduais da administração pública direta, autárquica e fundacional para suprimir benefícios ou vantagens não previstos no regime jurídico único dos servidores públicos da União;

V - a instituição, se cabível, do regime de previdência complementar a que se referem os §§ 14, 15 e 16 do art. 40 da Constituição Federal;

VI - a proibição de realizar saques em contas de depósitos judiciais, ressalvados aqueles permitidos pela Lei Complementar no 151, de 5 agosto de 2015, enquanto não houver a recomposição do saldo mínimo do fundo de reserva, de modo a assegurar o exato cumprimento do disposto na referida Lei Complementar;

VII - a autorização para realizar leilões de pagamento, nos quais será adotado o critério de julgamento por maior desconto, para fins de prioridade na quitação de obrigações inscritas em restos a pagar ou inadimplidas.





Estadual n.º 7.428/2016 também é objeto de impugnação por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 5.635, no Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, a solução ali adotada significará, muito provavelmente, a declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) da Lei Estadual n.º 8.645/2019, por arrastamento. Os referidos fundos têm natureza jurídica idêntica, eis que decorrem da incidência do Imposto Sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), se prestam à mesma finalidade e repercutiram de forma idêntica no benefício fiscal de titularidade da apelante.

Da consulta da movimentação processual da Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 5.635, no Supremo Tribunal Federal, verifiquei que a medida cautelar restou indeferida, ao fundamento de que a obrigação de recolhimento de parte do Imposto Sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços juntamente ao Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal não significaria, a princípio, a revogação de benefício ou incentivo fiscal. Isso porque, conforme se previa no seu então art. 4º, parágrafo único,² os acréscimos suportados pela apelante seriam antecipação de receitas, compensadas com a prorrogação da duração do benefício ou incentivo.

Todavia, melhor analisando a Lei Estadual n.º 8.645/2019, constato que não houve a previsão de prorrogação do

² Art. 4º - Constituem receitas do Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal - FEEF:

I - depósito no valor correspondente ao percentual 10% (dez por cento) aplicado sobre o montante da diferença entre o valor do imposto calculado com e sem utilização de benefício ou incentivo fiscal, concedido a empresa contribuinte do ICMS, nos termos do Convênio ICMS 42, de 3 de maio de 2016, já considerado o repasse constitucional para os municípios;

II - dotações orçamentárias;

III - rendimentos de aplicações financeiras de recursos do FEEF, realizadas na forma da lei;

IV - outras receitas que lhe venham a ser legalmente destinadas.

Parágrafo único - Fica prorrogado, nos termos de decreto específico, o prazo de fruição de benefício ou incentivo fiscal de empresa que proceder conforme o disposto no inciso I do art. 4º, pelo período necessário ao ressarcimento do montante depositado no FEEF.





prazo do benefício fiscal, tal qual previra o art. 4º, parágrafo único, da Lei Estadual n.º 7.428/2016, mantido apenas o caráter temporário (art. 10, I)³, pelo que o fundamento de decidir na medida cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 5.635 não pode ser aqui integralmente aproveitado. Entretanto, por raciocínio diverso, entendo que a Lei Estadual n.º 8.645/2019 não significou a supressão do benefício tributário de titularidade da apelante, mas somente a redução, que com esta não se confunde. Dessa forma, o caso concreto não se amolda aos termos do Enunciado n.º 544 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,⁴ notando-se que o seu entendimento é no sentido de que o valor semântico de "isenção" seria mais amplo, comportando os benefícios e incentivos fiscais e que a supressão seria a retirada integral do benefício, o que não foi o caso.

Em idêntico sentido, decidiu deste Tribunal de Justiça, como extraio da análise das Representações por Inconstitucionalidade de números 0083082-60.2019.8.19.0000 e 0007931-54.2020.8.19.0000, eis que somente houve a sustação da eficácia do art. 10, I, da Lei Estadual n.º 8.645/2019, para garantir a aplicação do princípio da anterioridade nonagesimal a que alude o art. 150, III, "c", da Constituição da República, mantida hígida, quanto ao mais, plenamente válida e eficaz, a viger, naturalmente, enquanto não houver decisão de mérito, a presunção de constitucionalidade da norma.

As demais questões trazidas pelo apelante, em especial, o afirmado tratamento desprovido de isonomia dispensado pelo apelado e que a redução dos benefícios e

³ Art. 10 Esta lei entra em vigor:

I - a partir de 01 de janeiro de 2020 e produzirá efeitos enquanto estiver vigente o Regime de Recuperação Fiscal - RRF;

II - após decorridos noventa dias da data da sua publicação, para os beneficiários da exclusão prevista no inciso XIV do art. 14 da lei n.º 7.428, de 25 de agosto de 2016.

⁴ Isenções tributárias concedidas, sob condição onerosa, não podem ser livremente suprimidas.





incentivos fiscais por si obtidos inviabilizaria as suas atividades, em cotejo com o cumprimento das condições de manutenção do benefício, em razão da instituição do Fundo Orçamentário Temporário (FOT), a meu sentir, demandam dilação probatória, inadmissível em sede de Mandado de Segurança.

Parece-me crível que o aumento de despesas em face da apelante, em razão do incremento do tributo objeto do presente feito significou decréscimo nas suas receitas, diante do notório desaquecimento da economia do Estado do Rio de Janeiro desde o ano de 2016. Ocorre que não se pode alçar esta conclusão, a ponto de tornar inexigível o depósito ao Fundo Orçamentário Temporário (FOT) com base em ilações ou aplicação de regras comuns de experiência e sem a produção da necessária prova técnica.

A prova pré-constituída seria medida inafastável a ser adotada pela apelante, cabendo-lhe instruir a petição inicial com todos os documentos que respaldassem a sua pretensão, haja vista a impossibilidade de dilação probatória. Ocorre que, no caso em tela, verifica-se que a apelante não acostou aos autos prova inequívoca da ilegalidade ou abusividade que afirma suportar.

Desta feita, incabível em Mandado de Segurança a dilação probatória que o caso concreto exige, não há considerar o acolhimento da pretensão da apelante. Todavia, vale ressaltar que tal não a impedirá de postular seu eventual direito por via própria e adequada.

Por isso que tenho que a apelante não logrou desincumbir-se do ônus da prova do fato constitutivo do seu direito, na forma do art. 373, I, do Código de Processo Civil, ao menos apta a ser amparada pelo Mandado de Segurança.





Desta feita, reputo não merecer reparos a sentença recorrida.

Pelo exposto, voto no sentido de conhecer do recurso, porquanto presentes seus pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade (art. 1.011, primeira parte, do Código de Processo Civil), e, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se integralmente a sentença recorrida. Sem aplicação do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, dada a incompatibilidade da norma com o caso concreto.

Rio de Janeiro, data da sessão de julgamento.

Daniela Brandão Ferreira
Desembargadora Relatora