

**VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL**  
**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0021900-10.2018.8.19.0000**  
**RELATOR: DES. MARIA INÊS DA PENHA GASPAR**  
**AGRAVANTE: ESTADO DO RIO DE JANEIRO**  
**AGRAVADO: PECORINO ALIMENTOS LTDA**

**“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. *Decisum* que, em mandado de segurança, revogou decisão anterior e deferiu a liminar pleiteada, para determinar que a autoridade coatora se abstenha de exigir os requisitos da Lei nº 7.495/2016 e da Resolução SEFAZ/RJ nº 108/2017, e permitir que a impetrante possa renovar a opção pelo regime diferenciado de apuração do ICMS disposto no Decreto nº 42.438/2010 para este ano de 2018. Inicialmente, tem-se que o presente *mandamus* não foi deduzido contra a lei em tese e sim contra ato concreto e iminente do Superintendente de Fiscalização do Estado do Rio de Janeiro. Na espécie, a empresa-agravante que, desempenha atividade de fornecimento de alimentação, pretende optar por regime diferenciado de tributação, estabelecido no Decreto nº 42438/2010, sem se submeter aos requisitos da Lei nº 7.495/2016 e da Resolução SEFAZ/RJ 108/2017, alegando para tanto que o referido regime diferenciado não se caracteriza como benefício ou incentivo fiscal. De seu turno, a alegação de ausência de prova pré-constituída também não restou configurada, eis que a impetrante anexou à sua peça inicial cópias de todos os documentos necessários para a análise de sua pretensão. Requisitos autorizadores da medida liminar presentes, na espécie. Incidência da Súmula nº 59 desta E. Corte. Decisão agravada mantida. Desprovimento do recurso.”**

**Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Agravo de instrumento nº 0021900-10.2018.8.19.0000, em que é agravante ESTADO**

**DO RIO DE JANEIRO** e agravado **PECORINO ALIMENTOS LTDA**, acordam os Desembargadores da Vigésima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Rio de Janeiro, 18 de julho de 2018.

**MARIA INÊS DA PENHA GASPAR**  
**DESEMBARGADORA RELATORA**

**VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL**  
**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0021900-10.2018.8.19.0000**  
**RELATOR: DES. MARIA INÊS DA PENHA GASPAR**  
**AGRAVANTE: ESTADO DO RIO DE JANEIRO**  
**AGRAVADO: PECORINO ALIMENTOS LTDA**

**RELATÓRIO E VOTO**

Trata-se de recurso de agravo interposto de decisão do Dr. Juiz de Direito da 11ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital que, em mandado de segurança impetrado pela agravada em face do agravante, revogou decisão anterior e deferiu a liminar pleiteada para determinar que a autoridade coatora se abstenha de exigir os requisitos da Lei nº 7.495/2016 e da Resolução SEFAZ/RJ nº 108/2017, e permitir que a impetrante possa renovar a opção pelo regime diferenciado de apuração do ICMS disposto no Decreto nº 42.438/2010 para este ano de 2018, nos termos da fundamentação a fls. 101/103 dos autos originários.

Aduz o agravante (fls. 2/13), em apertada síntese, ter a agravada impetrado mandado de segurança preventivo contra ato do Superintendente de Fiscalização do Estado do Rio de Janeiro, por reque- rir que este condicione a renovação do regime diferenciado de recolhimento do ICMS previsto no Decreto nº 42.438/2010 ao atendimento dos requisitos previstos na Lei nº 7.495/2016 e na Resolução SEFAZ/RJ nº 108/2017.

Argumenta ser impossível a utilização de mandado de segurança para impugnação de lei em tese, como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade, no caso, a Lei Estadual nº 7.495/2016, conforme já aclarou o Supremo Tribunal Federal na Súmula nº 266, razão pela qual deve o presente feito ser extinto sem julgamento do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC/15.

Assevera inexistir direito líquido e certo violado por ato ilegal ou com abuso de poder imputado à autoridade coatora, de modo a ensejar a extinção do feito sem o exame do mérito, eis que não haveria nos autos qualquer documento comprobatório que permita afirmar, de plano, que o Decreto nº 42.438/2010 foi precedido de estimativa de renúncia fiscal e tampouco de que não foi precedido de aprovação unânime no CONFAZ.

Sustenta inexistir ilegalidade ou abuso de poder, tendo em vista que a autoridade apontada como coatora limitou-se a aplicar a Lei Estadual nº 7.495/2016, ato este plenamente vinculado, sobre o qual não pesa juízo de discricionariedade.

Alega pretender a impetrante resguardar um suposto direito de fruição de benefício fiscal previsto na legislação estadual para as empresas dedicadas ao fornecimento de alimentação, condicionado à vedação do aproveitamento de créditos do mesmo imposto.

Ressalta estar o Estado do Rio de Janeiro vivendo uma crise financeira sem precedentes, o que gerou uma série de medidas tendentes a reduzir despesas e aumentar a arrecadação estadual, dentre as quais se destacam as medidas previstas na Lei nº 7.483/2016, que proíbem a concessão de novos benefícios fiscais e de novas renúncias de receitas, no intuito de promover o reequilíbrio das contas públicas estaduais.

Acrescenta que a manutenção do *decisum* poderá gerar um “efeito multiplicador”, com sérias consequências para a arrecadação das receitas estaduais e para a manutenção dos serviços públicos prestados pelo ora agravante (educação, saúde, segurança pública etc...).

Pede, por fim, a concessão de efeito suspensivo e, no mérito, requer a reforma da decisão agravada, com a cassação da liminar anteriormente deferida.

O agravo de instrumento é tempestivo (fls. 02 do recurso e fls. 115 dos autos originários).

A fls. 18 foi indeferido o pedido de efeito suspensivo, sobrevindo as contrarrazões a fls. 23/30.

A Procuradoria Geral da Justiça pugnou pelo não acolhimento das preliminares e, no mérito, pelo provimento do recurso (fls. 33/37).

Petição do agravante a fls. 40/41, colacionando as informações a fls. 42/43, o que ensejou a retirada do feito de pauta (fls. 47), e a manifestação da agravada a fls. 54/57.

**É O RELATÓRIO.**

## VOTO.

Na espécie, objetiva a parte autora, empresa que exerce atividade de fornecimento de alimentação, a concessão de medida liminar que impeça a Fazenda Pública de exigir, para a renovação da opção pelo regime diferenciado de apuração do ICMS, estabelecido no Decreto nº 42.438/2010, a documentação e requisitos discriminados na Lei Estadual nº 7495/2016 e na Resolução SEFAZ/RJ nº 108/2017, atos normativos estes referentes às restrições para concessão de incentivos e benefícios fiscais.

Alega a empresa impetrante ter sido o referido Decreto nº 42.438/2010 regulamentado pela Resolução SEFAZ nº 322/2010, alterada pela Resolução SEFAZ nº 133/2017, não sendo exigíveis os requisitos e condicionantes da Lei nº 7495/2016 e da Resolução SEFAZ/RJ nº 108/2017, por não se tratar o regime tributário em questão de benefício ou incentivo fiscal, ressaltando, ainda, que o recolhimento do ICMS, pelo regime do Decreto nº 42.438/1010, ocorre com base na receita bruta, sem possibilidade de compensação, o que afastaria qualquer alegação de desoneração tributária.

Inicialmente, tem-se que o presente *mandamus* não foi deduzido contra a lei em tese e sim contra ato concreto e iminente do Superintendente de Fiscalização do Estado do Rio de Janeiro que condicionou a renovação da opção pelo regime diferenciado de apuração do ICMS disposto no Decreto nº 42.438/2010 para o ano de 2018, aos requisitos previstos na Lei Estadual nº 7495/2016 e na Resolução SEFAZ/RJ nº 108/2017, consoante se vê da Decisão SUFIS nº VIP – 2652 a fls. 35/36.

De seu turno, a alegação de ausência de prova pré-constituída também não restou configurada, eis que a impetrante anexou à sua peça inicial cópias de todos os documentos necessários para a análise de sua pretensão.

Como bem assinalou o ilustre Procurador da Justiça a fls. 34/35:

“... não há como prosperar a alegação recursal de que o mandado de segurança originário estaria a questionar a aplicação de lei em tese.

6. A controvérsia do *mandamus* originário repousa em avaliar se o regime especial alternativo de recolhimento de

ICMS, previsto no Decreto Estadual nº 42.438/2010, caracteriza-se ou não como benefício fiscal.

7. Portanto, diferente do sustentado pelo recorrente, não se está a questionar a aplicação da Lei Estadual nº 7.495/2016, que veda a concessão de novos benefícios fiscais pelo Ente Estatal, mas tão somente a sua incidência à hipótese dos autos.”

No mais, em que pese o entendimento exarado pelo *Parquet*, tenho que o recurso não merece prosperar.

Com efeito, tem-se que o regime instituído pelo o art. 1º, do Decreto nº 42.438/2010, que alterou o Título V, do Livro V, do Regulamento do ICMS (RICMS/00), aprovado pelo Decreto nº 27.427/00, e deu nova redação aos arts. 34 e 35, dispõe que:

“Art. 1º – O Título V do Livro V do Regulamento do ICMS (RICMS/00), aprovado pelo Decreto nº 27427, de 17 de novembro de 2000, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 34 – O contribuinte do ICMS que exerça atividade de fornecimento de alimentação, classificada no subgrupos denominados “serviços de alimentação”, CNAE 56.11-2, pode, em substituição ao sistema comum de tributação, calcular o valor do ICMS, devido a cada mês, pela aplicação direta do percentual de 4% (quatro por cento) sobre a receita bruta auferida no período, excluídos os produtos sujeitos à substituição tributária.

§1º – Para os efeitos deste artigo considera-se receita bruta o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado auferido nas operações por conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

§ 2º O disposto neste artigo não dispensa o contribuinte de recolher o imposto a que se acha obrigado em virtude:

I - de substituição tributária, na qualidade de responsável;

II - da existência de mercadorias em estoque por ocasião do encerramento das atividades ou declaração de falência e suas consequentes vendas, alienações ou liquidações;

III - da diferença de alíquotas, na entrada de mercadoria ou serviço proveniente de outra unidade da Federação, destinada a consumo ou ativo fixo;

IV - de importação.

Art. 35. O procedimento nos termos do art. 34 é opcional e veda o aproveitamento de quaisquer créditos do imposto, exceto os decorrentes de devoluções e nas saídas por transferências.

§1º Não poderá optar pelo enquadramento no regime de que trata este Título ou nele se manter enquadrado o contribuinte que:

1. exerça outras atividades não descritas no caput, salvo se estas forem incluídas no campo de incidência do ISS;
2. esteja enquadrado no Simples Nacional;
3. não possua autorização para uso de equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF).

§2º Na hipótese de que trata o item 1, do § 1º, o percentual de 4% (quatro por cento) será aplicado exclusivamente sobre a receita proveniente de operações e prestações que constituam fato gerador do ICMS.

§3º Não perderá o direito à fruição do regime de apuração e recolhimento do imposto de que trata esse Título, o contribuinte que efetuar venda de mercadoria não relacionada com a atividade de fornecimento de alimentação, desde que a mercadoria esteja sujeita ao regime de substituição tributária e a receita dessa venda seja inferior a 5% do faturamento bruto.

§4º Será excluído do regime de tributação de que trata este Título, o contribuinte que deixar de atender às exigências relativas à escrituração fiscal e à emissão de documentos fiscais." (grifos nossos)

Por outro lado, a Lei nº 7495/2016, editada sob um panorama de grave crise econômica do Estado do Rio de Janeiro, veda a concessão

pela Fazenda Pública de novos benefícios de natureza tributária, bem como, em seu art. 4º, obriga o ente fazendário a verificar anualmente o atendimento aos requisitos e condicionantes dos incentivos e benefícios fiscais relativos ao ICMS, de caráter não geral, disciplinados na Resolução SEFAZ nº 108/2017, cujo resultado será a manutenção ou não do direito à fruição pelos estabelecimentos beneficiários.

Ressalte-se ter o agravante também informado que no regime tributário comum de tributação, bares e restaurantes se submeteriam à alíquota de 12%, prevista no art. 14, XII, da Lei Estadual nº 2.657/96, incidente sobre o total das vendas do contribuinte, todavia, podendo se utilizar dos créditos de operação anteriores, o que evidenciaria o caráter de benefício fiscal.

Entretanto, ao contrário do que sustenta o recorrente, não se vislumbra dos autos se enquadrar o regime diferenciado em tela como um benefício ou incentivo fiscal concedido à atividade de fornecimento de alimentação, visando o desenvolvimento ou a geração de emprego/renda em alguma região do Estado, mas sim, apenas uma forma de apuração do valor a ser recolhido a título de ICMS, a exemplo do que ocorre no recolhimento do Imposto de Renda, em que as pessoas jurídicas contribuintes podem optar entre a declaração sobre o lucro presumido ou real.

Nesse diapasão, infere-se, a princípio, das normas tributárias invocadas pelas partes, que o regime tributário do Decreto nº 42.438/2010 não constitui um benefício ou incentivo fiscal, mas sim, um regime diferenciado de recolhimento de ICMS, o qual se afigura vantajoso tanto para o contribuinte, quanto para o Fisco, razão pela qual, em tese, não se afiguraria cabível condicionar sua renovação aos requisitos previstos na Lei Estadual nº 7495/2016 e na Resolução SEFAZ/RJ nº 108/2017, que disciplinam as competências e os procedimentos para a verificação do atendimento aos requisitos e condicionantes dos incentivos fiscais ou benefícios de natureza tributária, previstos no art. 4º da Lei nº 7495/2016, como bem assinalou o *decisum* guerreado.

Acrescente-se não ter o agravante logrado comprovar, e nem se extrair do Decreto nº 42.438/2010, tenham sido atendidos os requisitos previstos no art. 14, *caput* e incisos I e II, da Lei Complementar nº 101/2000, abaixo transcrito, de modo a caracterizar a opção pelo regime diferenciado em questão como benefício fiscal, de modo a ensejar a revogação da medida liminar concedida pelo Juízo *a quo*.

*“Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:*

*I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;*

*II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.”*

Dessa forma, em juízo de cognição sumária, restou caracterizado o *fumus boni iuris* alegado pela agravada.

Por outro lado, também se vislumbra presente o requisito do *periculum in mora* a justificar a concessão da liminar, porquanto o pagamento mensal do imposto sobre a base de cálculo incorreta onera a parte autora, em desconformidade com a norma de incidência, cuja repetição, como é cediço, somente se dará mediante precatório.

Frise-se, ainda, que a alegação de estado de desequilíbrio financeiro não autoriza o ente estatal a se esquivar de cumprir norma legal.

Ademais, a decisão concessiva ou denegatória de liminar se insere no poder discricionário que a lei confere ao julgador, pelo que só merece interferência da instância revisora quando se tratar de decisão teratológica, contrária à lei ou à prova dos autos, o que não se vislumbra, na espécie.

Neste sentido, o preceito da Súmula n º 59 desta E. Corte:

*“ Somente se reforma a decisão concessiva ou não, da tutela de urgência, cautelar ou antecipatória, se contrária à lei, notadamente no que diz respeito à*

*probabilidade do direito invocado, ou à prova dos autos” .*

Dessa forma, tem-se que a decisão agravada não merece qualquer retoque.

**POR TAIS RAZÕES**, o meu voto é no sentido de negar provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 18 de julho de 2018.

**MARIA INÊS DA PENHA GASPAR  
DESEMBARGADORA RELATORA**

Act/2604