Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
901
Carimbado Eletronicamente

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 0137821-43.2020.8.19.0001

Agravante: OURENSE DO BRASIL INDÚSTRIA DE ARTEFATOS DE METAL LTDA – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Agravado: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Relator: Des. HELENO NUNES

ACÓRDÃO

AGRAVO INTERNO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO DA TERCEIRA VICE-PRESIDÊNCIA QUE APLICOU A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL E, COM BASE NO TEMA 1386 DO STF, NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. IMPERATIVIDADE DO DESPROVIMENTO DO AGRAVO INTERNO. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Agravo Interno no Recurso Extraordinário nº. 0137821-43.2020.8.19.0001** em que é agravante **OURENSE DO BRASIL INDUSTRIA DE ARTEFATOS DE METAL LTDA – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL** e agravado, **ESTADO DO RIO DE JANEIRO.**

HELENO RIBEIRO PEREIRA NUNES:13769 Assinado em 22/09/2026 18:44:18
Local: GAB. DES HELENO RIBEIRO PEREIRA NUNES

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Página
902
Carimbado Eletronicamente

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 0137821-43.2020.8.19.0001

ACORDAM os Desembargadores que integram o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno, fls. 836/876, interposto por OURENSE DO BRASIL INDUSTRIA DE ARTEFATOS DE METAL LTDA. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, insurgindo-se contra a decisão proferida pela Terceira Vice-Presidência, ID 815/821, que negou seguimento ao recurso extraordinário interposto, à luz do Tema n. 1386 do STF.

Em suas razões recursais, defende a incorreta aplicação do referido tema, pugnando pela admissibilidade do recurso extraordinário interposto.

Contrarrazões no ID 881.

É a síntese do essencial.

É cediço que, pelo sistema adotado no CPC de 2015, o julgamento na forma dos precedentes de caráter obrigatório só é afastado mediante o emprego das técnicas de distinção ("*distinguishing*") e de superação ("*overruling*"), conforme norma prevista em seu artigo 489, § 1°, VI, reforçada pelo disposto no art. 1021, §1º do CPC: "*Na petição de agravo interno, o recorrente impugnará especificadamente os fundamentos da decisão agravada*".

Por sua vez, como corolário do princípio da boa-fé e da cooperação

ASSINADO DIGITALMENTE PJERJ

(artigos 5° e 6° do CPC), norma de lealdade processual voltada igualmente para a parte, cabe ao recorrente, ao impugnar decisão baseada em precedente de caráter obrigatório, demonstrar, mediante confrontação analítica entre a tese e o caso concreto, que o precedente foi superado ou que há distinção entre a matéria nele tratada e o caso concreto.

O art. 1021, §1º, do CPC expõe que cabe ao recorrente impugnar especificamente os fundamentos da decisão agravada.

> *"Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal. § 1o Na petição de agravo interno, o recorrente impugnará especificadamente os fundamentos da decisão agravada."*

No caso versado, entendo que o recorrente não procedeu ao "*distinguishing*".

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 1.506.320, leading case do Tema 1.386, reconheceu a repercussão geral da controvérsia envolvendo o Fundo Orçamentário Temporário – FOT.

O recurso extraordinário paradigma do Tema 1.386 (RE 1.506.320) apresentou para debate, à luz dos artigos 5º, XXXVI; 155, §2º, I; e 167, IV, da Constituição Federal, as seguintes questões jurídicas: "(i) se a

destinação dos depósitos ao Fundo Orçamentário Temporário (FOT) afronta a vedação constitucional de vinculação de receita de impostos a fundos; (ii) se o regime instituído pela Lei nº 8.645/2019 viola o princípio da não cumulatividade do ICMS; e (iii) se a exigência de depósito de parcela de benefícios fiscais concedidos por prazo certo e sob condição contraria a garantia de direito adquirido".

A Corte Suprema, ao analisar a questão, reafirmou a jurisprudência consolidada no julgamento da ADI 5.635, fixando as seguintes teses de repercussão geral:

> *(i) É constitucional a exigência de depósito de percentual de benefícios fiscais de ICMS para o Fundo Orçamentário Temporário (FOT), nos termos da ADI 5.635; e*
> *(ii) é infraconstitucional e fática a controvérsia sobre a possibilidade de exigir o depósito ao FOT em benefícios fiscais de ICMS concedidos por prazo certo e sob condição.*

Cumpre salientar que, na ocasião do julgamento da ADI 5.635, a Corte Suprema decidiu pela constitucionalidade das Leis nºs 7.428/2016 e 8.645/2019, que criaram, respectivamente, o Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal – FEEF e o Fundo Orçamentário Temporário – FOT. Por oportuno, colaciona-se a ementa do julgado:

Ementa: Direito Tributário. Ação Direta de

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 0137821-43.2020.8.19.0001

Inconstitucionalidade. Fundos destinados ao equilíbrio fiscal. FEEF e FOT. Redução de benefícios fiscais de ICMS. Vedação à vinculação da receita de impostos. Não cumulatividade. 1. Ação direta de inconstitucionalidade originalmente proposta contra os arts. 2º, 4º, caput e inciso I, e 5º, da Lei nº 7.428/2016, do Estado do Rio de Janeiro, que dispunham sobre a destinação de recursos ao Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal – FEEF. Petição inicial aditada para impugnar os arts. 2º, 3º, caput e inciso I, 5º e 8º da Lei nº 8.645/2019, também do Estado do Rio de Janeiro, que revogou aquele primeiro diploma e instituiu o Fundo Orçamentário Temporário – FOT. Pedido de declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento, do Convênio ICMS nº 42/2016 e dos Decretos estaduais nºs 45.810/2016, 45.973/2017 e 47.057/2020. 2. Questão preliminar: não ocorrência de perda de objeto. A atual disciplina do tema não consubstancia efetiva modificação em relação à exigência e à apuração do depósito na sistemática anterior. Mantêm-se inalterados os fundamentos constitucionais empregados para impugnar a validade da legislação estadual atual. A parte autora formulou, oportunamente, pedido de aditamento à petição inicial. 3. Natureza jurídica dos depósitos destinados aos fundos estaduais. Redução transitória no

importe de 10% de benefícios fiscais já usufruídos pelo contribuinte, em prol da formação de fundo voltado ao equilíbrio fiscal do Estado do Rio de Janeiro. Medida emergencial e temporária, pensada em razão da notória crise fiscal suportada pelo ente federativo. A figura tributária criada pela Lei nº 7.428/2016 e mantida pela Lei nº 8.645/2019 tem a natureza jurídica de ICMS. 4. Vedação à afetação da receita de impostos. A Lei estadual nº 7.428/2016 criou o Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal – FEEF, que se destina ao equilíbrio fiscal do Estado. Com o advento da Lei estadual nº 8.645/2019, tal fundo foi substituído pelo Fundo Orçamentário Temporário – FOT, com a mesma natureza e finalidade. O FEEF e o FOT são fundos atípicos, que não constituem unidades orçamentárias, haja vista não se destinarem a programações específicas e detalhadas. Por cautela, afasta-se qualquer exegese que vincule as receitas vertidas ao FEEF/FOT a um programa governamental específico, sob pena de violação ao art. 167, IV, da CF/1988. 5. Anterioridade tributária. Decisão proferida na Representação de Inconstitucionalidade nº 0083082-60.2019.8.19.0000, em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, suspendeu a eficácia do art. 10, I, da Lei estadual nº 8.645/2019, de maneira que as normas em tela entraram em vigor apenas noventa dias contados

da sua publicação. Prejudicada a discussão sobre o tema. 6. Direito adquirido a benefício fiscal. Acolher a premissa da revogação indevida de benefício fiscal requer verificar, em cada caso concreto, o atendimento aos requisitos necessários à fruição do favor fiscal, providência inviável em julgamento de ação direta de inconstitucionalidade. Eventual hipótese de supressão indevida de benefício fiscal deverá ser solucionada em via própria, com base em legislação infraconstitucional. 7. Proporcionalidade. A medida é (i) adequada para a promoção do equilíbrio fiscal do Estado do Rio de Janeiro; (ii) necessária, por se valer de uma redução parcial e temporária dos benefícios fiscais concedidos ao contribuinte, no importe mínimo recomendado pelo Convênio ICMS nº 42/2016; (iii) proporcional em sentido estrito, tendo em vista que as vantagens geradas para o equilíbrio fiscal do Estado superam o custo individual de cada contribuinte. 8. Não cumulatividade. A metodologia de apuração do depósito não afasta a natureza jurídica do ICMS nem inviabiliza que se mensurem os respectivos créditos. Interpretação conforme a Constituição para garantir a não cumulatividade, sem prejuízo de análises particulares dos benefícios fiscais para impedir o aproveitamento indevido dos créditos. Aplicam-se aos depósitos em questão as regras próprias do

> *ICMS. 9. Procedência parcial dos pedidos, para conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 2º da Lei nº 7.428/2016 e ao art. 2º da Lei nº 8.645/2019, ambas do Estado do Rio de Janeiro, de modo a (i) afastar qualquer exegese que vincule as receitas vertidas ao FEEF/FOT a um programa governamental específico; e (ii) garantir a não cumulatividade do ICMS relativo ao depósito instituído, sem prejuízo da vedação ao aproveitamento indevido dos créditos. 10. Fixação da seguinte tese: "São constitucionais as Leis nºs 7.428/2016 e 8.645/2019, ambas do Estado do Rio de Janeiro, que instituíram o Fundo Estadual de Equilíbrio Fiscal – FEEF e, posteriormente, o Fundo Orçamentário Temporário – FOT, fundos atípicos cujas receitas não estão vinculadas a um programa governamental específico e detalhado". (ADI 5635, Relator(a): LUÍS ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 18-10-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 23-11-2023 PUBLIC 24-11-2023 – g.n.)*

No caso em exame, o acórdão recorrido, ao afastar a tese de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 8.645/19, que criou o Fundo Orçamentário Temporário – FOT, decidiu em conformidade com a orientação vinculante do Supremo Tribunal Federal firmada no Tema 1.386 de Repercussão Geral.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal concluiu que a questão relativa à possibilidade de se exigir o depósito aos fundos estaduais, em benefícios fiscais de ICMS concedidos por prazo certo e sob condição, é infraconstitucional, de forma que a ela se atribuem os efeitos da ausência de repercussão geral, nos termos do precedente fixado no RE n. 584.608, rel. a Ministra Ellen Gracie, DJe 13/03/2009.

Quanto à observância do princípio da não-cumulatividade, a Corte Suprema destacou que "A jurisprudência do STF afirma que a metodologia de apuração do depósito destinado ao FOT não altera a natureza jurídica do ICMS, nem compromete a aplicação do princípio da não-cumulatividade", conforme se extrai da ementa do RE 1.506.320 (Tema 1.386). Confira-se:

> *Ementa: Direito tributário. Recurso Extraordinário. Depósito de percentual dos incentivos de ICMS para o Fundo Orçamentário Temporário (FOT). Reafirmação de jurisprudência. I. Caso em exame 1. Recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que afirmou a constitucionalidade da exigência de depósito de percentual de benefícios fiscais do ICMS para o Fundo Orçamentário Temporário (FOT), instituído pela Lei Estadual nº 8.645/2019. II. Questão em discussão 2. As questões em discussão consistem em saber: (i) se a destinação dos depósitos ao Fundo Orçamentário Temporário (FOT) afronta a vedação constitucional de vinculação de receita de impostos a fundos; (ii) se o*

regime instituído pela Lei nº 8.645/2019 viola o princípio da não cumulatividade do ICMS; e (iii) se a exigência de depósito de parcela de benefícios fiscais concedidos por prazo certo e sob condição contraria a garantia de direito adquirido. III. Razões de decidir 3. No julgamento da ADI 5.635, o STF fixou tese no sentido de que "são constitucionais as Leis nºs 7.428/2016 e 8.645/2019, ambas do Estado do Rio de Janeiro, que instituíram o Fundo Estatal de Equilíbrio Fiscal – FEEF e, posteriormente, o Fundo Orçamentário Temporário – FOT, fundos atípicos cujas receitas não estão vinculadas a um programa governamental específico e detalhado". 4. A jurisprudência do STF afirma que a metodologia de apuração do depósito destinado ao FOT não altera a natureza jurídica do ICMS, nem compromete a aplicação do princípio da não-cumulatividade. Precedentes. 5. O exame sobre a exigência de depósito de percentual de benefícios fiscais de ICMS, concedidos por prazo certo e sob condição, pressupõe o exame de matéria fática e infraconstitucional relacionados à política fiscal. Inexistência de questão constitucional. IV. Dispositivo e tese 6. Recurso extraordinário conhecido em parte e desprovido. Teses de julgamento: "(i) É constitucional a exigência de depósito de percentual de benefícios fiscais de ICMS para o Fundo Orçamentário Temporário

> *(FOT), nos termos da ADI 5.635; e (ii) é infraconstitucional e fática a controvérsia sobre a possibilidade de exigir o depósito ao FOT em benefícios fiscais de ICMS concedidos por prazo certo e sob condição. (RE 1506320 RG, Relator(a): MINISTRO PRESIDENTE, Tribunal Pleno, julgado em 11-04-2025, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-127 DIVULG 15-04-2025 PUBLIC 22-04-2025)*

Impende ressaltar que, no julgamento da ADI 5.635, o Supremo Tribunal destacou que "a metodologia de apuração do depósito não afasta a natureza jurídica do ICMS nem inviabiliza que se mensurem os respectivos créditos" e, assim, deu às legislações impugnadas interpretação conforme a Constituição Federal para garantir a não cumulatividade, "sem prejuízo de análises particulares dos benefícios fiscais para impedir o aproveitamento indevido dos créditos", determinando, ainda, que devem ser aplicadas aos depósitos em questão as regras próprias do ICMS.

Destacam-se os seguintes trechos do voto do Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento da ADI 5.635, veja-se:

> *(...) Nesse ponto, têm razão os amici curiae. A metodologia de apuração do referido depósito não afasta a natureza jurídica de imposto nem inviabiliza que se mensurem os respectivos créditos. A própria concessão dos benefícios fiscais relativos ao*

> *ICMS se atrela a uma operação e pode servir como referencial para o cálculo do crédito.*

Entendimento diverso sobre o tema importaria admitir que o depósito em questão é despido de característica elementar ao ICMS e atrair, por conseguinte, novos questionamentos sobre a sua natureza jurídica em oposição à lógica adotada para a instituição dos depósitos em voga.

Por essa razão, esta Corte deve fazer uma interpretação conforme a Constituição da legislação estadual de modo a garantir a não cumulatividade do ICMS em questão. Não se desconhece, todavia, que as particularidades dos benefícios fiscais, sobretudo quanto à concessão de crédito presumido, podem justificar tratamentos diversos, sob pena de haver o aproveitamento indevido dos créditos. Tal análise deverá ser feita caso a caso, sendo o duplo aproveitamento dos créditos incompatível com a não cumulatividade. Reitere-se, nessa linha de argumentação, que se aplicam aos depósitos em questão as regras próprias do ICMS. (...) Registra-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos segundos embargos de declaração opostos na ADI 5.635, reforçou que não tem atribuição para analisar a observância da não-cumulatividade no caso concreto.

Transcreve-se os seguintes trechos:

> *(...) 12. Por fim, também não se justifica o acolhimento do pedido de aclaramento da forma de operacionalização da regra da não-cumulatividade e de uso dos créditos de ICMS para pagamento dos*

> *depósitos ao FEEF e FOT. Nesse ponto, tal como consignado no julgamento de mérito, a metodologia de apuração dos referidos depósitos não afasta a sua natureza jurídica de imposto, nem inviabiliza a mensuração dos respectivos créditos. A própria concessão dos benefícios fiscais relativos ao ICMS se atrela a uma operação e pode servir como referencial para o cálculo do crédito. Confiram-se os trechos do voto condutor do julgamento acerca dessa questão:*
>
> *...*
>
> *13. Registre-se que o acórdão recorrido reconheceu a aplicação da não-cumulatividade do ICMS, ressaltando, porém, que as peculiaridades dos benefícios fiscais podem exigir tratamentos distintos a serem avaliados em cada caso concreto. Não cabe a esta Suprema Corte definir métodos e estabelecer regulamentação administrativa que viabilize a implementação da não-cumulatividade caso a caso. (...) (ADI 5635 ED-segundos, Relator(a): Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 12-08-2025).*

Como se extrai da leitura dos trechos precitados, a análise acerca do respeito ao princípio da não cumulatividade deve ser casuística, ou seja, depende da análise das provas constituídas nos autos, o que afasta a repercussão geral da controvérsia e, por conseguinte, a possibilidade de

discussão do tema em sede extraordinária.

Destarte, não tendo a parte recorrente se desincumbido de proceder ao "*distinguishing*", acertada a decisão denegatória de seguimento do recurso extraordinário pela sistemática da ausência da repercussão geral.

À vista do exposto, voto no sentido **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso, nos termos da fundamentação supra.

Rio de Janeiro, na data da assinatura eletrônica.

Desembargador **HELENO NUNES**

Relator