



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS

Desembargadora Ana Cristina Ribeiro Peternella França

Agravo de Instrumento n. 5501174-48.2022.8.09.0051

Comarca de Goiânia

Agravante: Arcos Dourados Comércio de Alimentos S.A.

Agravado: Estado de Goiás

Relatora: Desembargadora Ana Cristina Ribeiro Peternella França

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Consoante relatado, trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação de tutela recursal, interposto por **Arcos Dourados Comércio de Alimentos S.A.** contra decisão prolatada pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Goiânia, Dr. Clauber Costa Abreu, nos autos do “*mandado de segurança preventivo*” impetrado pela agravante em desfavor do **Superintendente de Controle e Fiscalização da Superintendência Executiva da Receita Estadual de Goiás.**

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos (mov. 13, autos originários):

(...)

1. *Da modulação dos efeitos do julgamento RE 714.139, Tema 745*

(...)

Contudo, o Tribunal Pleno da Suprema Corte modulou os efeitos daquela decisão, estipulando que produza efeitos a partir do exercício financeiro de 2024, ressalvando as ações ajuizadas até a data do início do julgamento do mérito, ocorrido em 05.01.2021, nos termos do voto reajustado do Ministro Dias Toffoli, redator do acórdão, em Sessão virtual de 10.12.2021 a 17.12.2021, sob pena de comprometimento de execução do plano plurianual (PPA) dado o impacto na arrecadação dos Estados-Membros.



A presente ação foi proposta em 22/11/2021, portanto, após início do julgamento do mérito do RE 714.139, Tema 745, e dentro do marco temporal adotado pelo Supremo Tribunal Federal, fazendo com que os efeitos da modulação fixada inci-dam sobre o caso concreto em análise.

2. Do adicional de 2% na alíquota do ICMS - PROTEGE

(...)

Portanto, superada qualquer dúvida quanto a validade da legislação estadual que instituiu a criação de adicional de ICMS para o Fundo de Combate à Pobreza, naquilo que não conflitar com as Emendas Constitucionais nº. 33/2001 e nº. 42/2003, até que sobrevenha a lei federal complementar prevista no art. 82, §1º, do ADCT.

POSTO ISSO, INDEFIRO a liminar pleiteada. (...).

Em suas razões, a agravante defende a reforma da decisão hostilizada, por entender que foram demonstrados os requisitos necessários para a concessão da medida liminar e, conseqüentemente, a suspensão exigibilidade do crédito tributário decorrente do acréscimo de 2% à alíquota do ICMS incidente sobre os serviços de telecomunicação, destinado ao Fundo de Proteção Social do Estado de Goiás (PROTEGE GOIÁS).

Sustenta que estaria presente o *fumus boni iuris* aventado na origem, haja vista o necessário afastamento da incidência do adicional de 2% à alíquota de ICMS sobre os serviços de telecomunicações, destinado ao Fundo PROTEGE GOIÁS - não incidência sobre mercadorias essenciais.

Acrescenta que estaria presente o *periculum in mora*, pois a medida pleiteada deixará de ser plenamente eficaz se a agravante for obrigada a “*solve et repete*”, ou seja, seguir recolhendo o acréscimo de 2% à alíquota do ICMS incidente sobre os serviços de telecomunicação (29%), destinado ao Fundo de Proteção Social do Estado de Goiás (PROTEGE GOIÁS), até o trânsito em julgado do processo para, somente após, reaver os valores indevidamente recolhidos.

Pede a concessão de tutela antecipada recursal para: (i) suspender a exigibilidade do crédito tributário decorrente do acréscimo de 2% à alíquota do ICMS incidente sobre os serviços de telecomunicação, destinado ao Fundo de Proteção Social do Estado de Goiás (PROTEGE GOIÁS), visto que somente pode incidir sobre produtos e serviços supérfluos, nos termos do artigo 82, § 1º, do ADCT, o que não é o caso do serviço de telecomunicação, na forma do artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional, até o julgamento do recurso; e (ii) determinar à autoridade coatora que se abstenha de exigir a diferença da alíquota e de adotar quaisquer providências sancionatórias em face da agravante (negativa de expedição da certidão de regularidade fiscal - CPEN, apontamento no CADIN, revogação dos regimes especiais etc.), até o julgamento do recurso.

No mérito, pleiteia o conhecimento e provimento do agravo para confirmar a liminar eventualmente deferida, declarando-se, ainda, a inconstitucionalidade da cobrança do aludido adicional, na forma do artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional, até o julgamento do *mandamus*.

Preparo recolhido (mov. 1, arquivo 2).



Intimou-se a agravante para manifestar sobre a possível perda do objeto deste agravo, tendo em vista o advento da Lei Complementar n. 194/2022 e da respectiva nota técnica emitida pela Secretaria Estadual de Economia (mov. 5).

O agravante afirma que permanece o interesse recursal, pois continua vigente no “ordenamento jurídico” a exigibilidade do crédito tributário decorrente do acréscimo de 2% à alíquota do ICMS incidente sobre os serviços de telecomunicação, destinado ao Fundo de Proteção Social do Estado de Goiás (PROTEGE GOIÁS). Reitera os pedidos de conhecimento do agravo e da concessão de tutela antecipada recursal (mov. 8).

Deferido o pedido de antecipação da tutela recursal (mov. 10).

Contrarrazões ofertadas (mov. 15), o agravado destaca que, “em respeito ao princípio da lealdade processual, não se opõe ao reconhecimento do afastamento da exigibilidade do adicional do PROTEGE a partir de 23 de junho de 2022”. Todavia, requer o desprovemento do recurso no que “tange a constitucionalidade do adicional de 2% do fundo PROTEGE até a vigência da LC 194/2022” (*sic*).

O Ministério Público opina pelo desprovemento do recurso (mov. 19).

Pois bem.

De início, urge salientar que o agravo de instrumento deve permanecer adstrito ao acerto ou desacerto da decisão objurgada, não cabendo ao órgão *ad quem* a análise de matérias não abordadas na instância primeira, sob pena de supressão de instância e violação ao duplo grau de jurisdição.

Embora a demanda originária (mandado de segurança) possua diversos pedidos, verifica-se que a agravante busca, neste agravo de instrumento, reformar apenas o capítulo da decisão que indeferiu, liminarmente, o afastamento do adicional de 2% na alíquota de ICMS sobre os serviços de telecomunicação, destinado ao Fundo de Proteção Social do Estado de Goiás (PROTEGE GOIÁS).

Importa esclarecer que a concessão de liminar em mandado de segurança exige a satisfação dos pressupostos enunciados no artigo 7º, inciso III, da Lei n. 12.016/2009 e reafirmados no artigo 300 do Código de Processo Civil (CPC), a saber: relevância do direito invocado (*fumus boni iuris*) e perigo de dano ou receio de ineficácia do provimento final de mérito (*periculum in mora*).

No caso, merece reparos a decisão na parte em que indeferiu o pleito liminar relacionado com a suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorrente do acréscimo de 2% à alíquota do ICMS incidente sobre os serviços de telecomunicação, destinado ao Fundo PROTEGE GOIÁS. O *decisum* agravado foi proferido em 7 de julho de 2022 (mov. 13, autos de origem),

A probabilidade do direito está consubstanciada na Lei Complementar n. 194, de 23 de junho de 2022, que acrescentou o artigo 32-A na Lei Kandir (Lei Complementar n. 87/1996), considerando as operações relativas aos combustíveis, ao gás natural, à energia elétrica, às comunicações e ao transporte coletivo, para fins de incidência de ICMS, como “bens e serviços essenciais e indispensáveis”, que não podem ser tratados como supérfluos. Veja-se:

Art. 32-A. As operações relativas aos combustíveis, ao gás natural, à energia elétrica,



às comunicações e ao transporte coletivo, para fins de incidência de imposto de que trata esta Lei Complementar, são consideradas operações de bens e serviços essenciais e indispensáveis, que não podem ser tratados como supérfluos. (Incluído pela Lei Complementar n. 194, de 2022)

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo: (Incluído pela Lei Complementar nº 194, de 2022)

I - é vedada a fixação de alíquotas sobre as operações referidas no caput deste artigo em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços; (Incluído pela Lei Complementar nº 194, de 2022)

II - é facultada ao ente federativo competente a aplicação de alíquotas reduzidas em relação aos bens referidos no caput deste artigo, como forma de beneficiar os consumidores em geral; e (Incluído pela Lei Complementar nº 194, de 2022)

III - é vedada a fixação de alíquotas reduzidas de que trata o inciso II deste parágrafo, para os combustíveis, a energia elétrica e o gás natural, em percentual superior ao da alíquota vigente por ocasião da publicação deste artigo. (Incluído pela Lei Complementar nº 194, de 2022)

§ 2º No que se refere aos combustíveis, a alíquota definida conforme o disposto no § 1º deste artigo servirá como limite máximo para a definição das alíquotas específicas (ad rem) a que se refere a alínea b do inciso V do caput do art. 3º da Lei Complementar nº 192, de 11 de março de 2022. (Incluído pela Lei Complementar nº 194, de 2022)

Com amparo na norma supracitada, a Secretária de Economia do Estado de Goiás emitiu nota técnica, datada de 27/06/2022, comunicando que, a partir de 23 de junho de 2022, não se aplica o acréscimo de 2% destinado ao Fundo de Proteção Social do Estado de Goiás (PROTEGE GOIÁS), previsto no artigo 27, § 5º, da Lei n. 11.651/1991 (Código Tributário Estadual), às operações internas envolvendo, dentre outros, os serviços de energia elétrica e comunicação. Anote-se:

A Secretária de Estado da Economia de Goiás,

Considerando:

- o disposto na Lei Complementar nº 194, de 23 de junho de 2022, que alterou a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, e a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996 - Lei Kandir, trazendo novas definições de bens e serviços considerados essenciais; e

- o disposto no § 4º do artigo 24 da Constituição Federal de 1988, segundo o qual "a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário";

Comunica que, a partir de 23 de junho de 2022:

I - as operações internas abaixo indicadas devem ser tributadas pelo ICMS à alíquota



de 17% (dezessete por cento):

a) operações com álcool carburante;

b) operações com gasolina;

c) operações com querosene de aviação;

d) operações com energia elétrica, em relação à conta residencial que apresente consumo mensal acima de 50 (cinquenta) kWh;

e) prestações de serviços de comunicação:

II - não se aplica o acréscimo de dois pontos percentuais, previsto no § 5º do art. 27 da Lei nº 11.651, de 26 de dezembro de 1991 - CTE, às operações internas com óleo diesel e às descritas no item I;

III - será reduzida de 16% (dezesseis por cento) para 14% (quatorze por cento) a alíquota incidente sobre as operações internas com óleo diesel, tendo em vista o disposto no item II; e

IV - permanece em 12% (doze por cento) a alíquota incidente nas operações internas com Gás Liquefeito de Petróleo (GLP). (destacado).

Em cognição sumária, portanto, mostra-se descabida a cobrança do adicional de 2% (dois por cento) na alíquota do ICMS, destinado a prover o fundo PROTEGE GOIÁS, tendo em vista que, *a priori*, foi afastada sua instituição por lei federal sobre normas gerais (Lei Kandir) e por regramento do próprio Estado de Goiás. A propósito, o artigo 24, § 4º, da Lei Maior, afirma que “a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”.

Corroborando esse raciocínio, o próprio Estado de Goiás afirma, em contrarrazões, que, “em respeito ao princípio da lealdade processual, *não se opõe ao reconhecimento do afastamento da exigibilidade do adicional do PROTEGE a partir de 23 de junho de 2022*” (mov. 14).

O perigo da demora, igualmente, está configurado. A despeito das recentes alterações legislativas, caso o Estado de Goiás ainda esteja tributando o citado adicional do Fundo Protege, a manutenção da decisão fustigada prolongaria a cobrança ilegal. Frise-se, ainda, que a demanda originária consiste em mandado de segurança preventivo, ou seja, visa evitar exatamente o justo receio de que venha a ser praticado ato ilegal pela autoridade impetrada.

Lado outro, descabida a análise, neste recurso, da alegada (in)constitucionalidade da exigibilidade do adicional de 2% do Fundo PROTEGE GOIÁS, sob pena de supressão de instância.

A propósito, urge salientar que, no dia 27/06/2022, foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 7195, na Suprema Corte, por meio da qual outros Estados questionam a constitucionalidade da recente Lei Complementar n. 194/2022. Assim, na hipótese de ser declarada inconstitucional, salvo eventual modulação de efeitos da respectiva decisão, não se pode descartar o risco de ficar superada a interpretação do Estado de Goiás no tocante à aplicação das alíquotas reduzidas do ICMS desde 23/06/2022.



De todo modo, o exame do presente agravo de instrumento cinge-se em verificar a aparente impossibilidade de cobrar, por ora, a mencionada alíquota da empresa impetrante/agravante em razão das normativas supracitadas (artigo 32-A na Lei Kandir, com redação dada pela Lei Complementar n. 194/2022, e a Nota Técnica, datada de 27/06/2022, emitida pela Secretária de Economia do Estado de Goiás), as quais estão em plena vigência.

Na confluência do exposto, **conheço do agravo de instrumento e dou-lhe parcial provimento** para, em reforma da decisão recorrida, (i) suspender, a partir de 23 de junho de 2022, a exigibilidade do crédito tributário decorrente do acréscimo de 2% à alíquota do ICMS incidente sobre os serviços de telecomunicação em face da agravante, até o julgamento final da demanda originária; e (ii) determinar à autoridade coatora/agravado que se abstenha de exigir a diferença da alíquota e de adotar quaisquer providências sancionatórias em face da agravante (negativa de expedição da certidão de regularidade fiscal - CPEN, apontamento no CADIN, revogação dos regimes especiais etc), até o julgamento final do *writ* de origem.

É o voto.

Cientifique-se o juízo *a quo* acerca do decidido por este Tribunal de Justiça.

Determino, desde logo, o arquivamento dos autos, após baixa da minha relatoria no Sistema de Processo Digital.

Goiânia, data da assinatura eletrônica.

Desembargadora Ana Cristina Ribeiro Peternella França

R E L A T O R A

AC15

EMENTA: Agravo de Instrumento. Mandado de segurança preventivo.

I. Decisão indeferitória do pedido de tutela provisória de urgência. A concessão de liminar em mandado de segurança exige a satisfação dos pressupostos enunciados no artigo 7º, inciso III, da Lei n. 12.016/2009, e reafirmados no artigo 300 do Código de Processo Civil, a saber: relevância do direito invocado e perigo de dano ou receio de ineficácia do provimento final de mérito.

II. Requisitos para a concessão da tutela provisória de urgência demonstrados. Probabilidade do direito configurada. Afastamento do adicional de 2% na alíquota de ICMS sobre os serviços de telecomunicação, destinado ao Fundo de Proteção Social do Estado de Goiás (PROTEGE GOIÁS). A probabilidade do direito está consubstanciada na Lei Complementar n. 194, de 23 de junho de 2022, que acrescentou o artigo 32-A na Lei Kandir (Lei Complementar n.



87/1996), considerando as operações relativas aos combustíveis, ao gás natural, à energia elétrica, às comunicações e ao transporte coletivo, para fins de incidência de ICMS, como “bens e serviços essenciais e indispensáveis”, que não podem ser tratados como supérfluos. Com amparo na norma supracitada, a Secretária de Economia do Estado de Goiás emitiu nota técnica, datada de 27/06/2022, comunicando que, a partir de 23 de junho de 2022, não se aplica o acréscimo de 2% destinado ao Fundo de Proteção Social do Estado de Goiás (PROTEGE GOIÁS), previsto no artigo 27, § 5º, da Lei n. 11.651/1991 (Código Tributário Estadual), às operações internas envolvendo, dentre outros, os serviços de energia elétrica e comunicação. Em cognição sumária, ressei descabida a cobrança, a partir de 23 de junho de 2022, do adicional de 2% (dois por cento) na alíquota do ICMS da empresa impetrante/agravante, destinado a prover o fundo PROTEGE GOIÁS, tendo em vista que, *a priori*, foi afastada sua instituição por lei federal sobre normas gerais (Lei Kandir) e por regramento do próprio Estado de Goiás.

III. Perigo da demora presente. O perigo da demora está configurado. A despeito das recentes alterações legislativas, caso o Estado de Goiás ainda esteja tributando o citado adicional do Fundo Protege, a manutenção da decisão fustigada prolongaria a cobrança ilegal, sobretudo porque a demanda originária consiste em mandado de segurança preventivo, ou seja, visa evitar exatamente o justo receio de que venha a ser praticado ato ilegal pela autoridade impetrada.

IV. Exame da (in)constitucionalidade da exigibilidade do adicional de 2% do Fundo PROTEGE GOIÁS. Supressão de instância. Descabida a análise, no presente recurso, da alegada (in)constitucionalidade da exigibilidade do adicional de 2% do Fundo PROTEGE GOIÁS, sob pena de supressão de instância.

Agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos do Agravo de Instrumento n. **5501174-48.2022.8.09.0051** acordam os componentes da Quarta Turma Julgadora da Sétima Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por unanimidade de votos, em **conhecer do recurso de agravo de instrumento e dar-lhe parcial provimento**, nos termos do voto da Relatora.

Votaram, além da Relatora, o Desembargador **Fabiano Abel de Aragão Fernandes** e o Desembargador **Sebastião Luiz Fleury**.

Presidiu a sessão de julgamento o Desembargador **Fabiano Abel de Aragão Fernandes**.

Esteve presente à sessão a Doutora **Ivana Farina Navarrete Pena**, representando a



Procuradoria-Geral de Justiça.

Goiânia, 03 de outubro de 2022.

Desembargadora Ana Cristina Ribeiro Peternella França

RELATORA



Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

Documento Assinado e Publicado Digitalmente em 03/10/2022 10:16:41

Assinado por ANA CRISTINA RIBEIRO PETERNELLA FRANCA

Localizar pelo código: 109087685432563873232425764, no endereço: <https://projudi.tjgo.jus.br/p>