

**TJDFT**Poder Judiciário da União
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS

Órgão 1ª Turma Cível

Processo N. APELAÇÃO 0704733-49.2017.8.07.0018

APELANTE(S) SIBERIA COMERCIAL DE ALIMENTOS S/A,PONTA ATACADISTA DE ALIMENTOS S/A,VIA PARK COMERCIAL DE ALIMENTOS S/A,PENINSULA COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA,BENTO COMERCIAL DE ALIMENTOS S/A,BRUNELA COMERCIAL DE ALIMENTOS S/A,BIG TRANS COMERCIAL DE ALIMENTOS S/A,CARMO ALIMENTOS S/A,COMERCIAL DE ALIMENTOS CERES S/A,COMERCIAL SAO PATRICIO S/A,OTIMA COMERCIO DE ALIMENTOS S/A,SOLEDADE COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA e SUPERMERCADO TATA S/A

APELADO(S) DISTRITO FEDERAL

Relatora Desembargadora SIMONE LUCINDO

Acórdão N° 1070701

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ALÍQUOTA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE, ISONOMIA E NÃO CONFISCO. SÚMULA Nº 266 STF. LEI EM TESE. NÃO CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA. EXTINÇÃO DO FEITO SEM MÉRITO. SENTENÇA MANTIDA.

1. O mandado de segurança é um remédio constitucional que busca resguardar direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça (artigo 1º da Lei n. 12.016/2009).
2. Nos termos Súmula nº 266 do Supremo Tribunal Federal "não cabe mandado de segurança contra lei em tese".
3. A insurgência, via mandado de segurança, contra alíquota de ICMS com fundamento em suposta inconstitucionalidade de Lei Distrital, em face dos princípios constitucionais da seletividade, isonomia e não confisco esbarra na vedação constante da referida Súmula, porquanto pretende discutir lei em tese.
4. Apelação conhecida e não provida.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, SIMONE LUCINDO - Relatora, RÔMULO DE ARAÚJO MENDES - 1º Vogal e HECTOR VALVERDE - 2º Vogal, sob a Presidência da Senhora Desembargadora, em proferir a seguinte decisão: CONHECIDO. IMPROVIDO. UNANIME., de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 31 de Janeiro de 2018

Desembargadora SIMONE LUCINDO

Relatora

RELATÓRIO

Cuida-se de **apelação cível** interposta em face da r. sentença de ID 3043805, proferida nos autos do presente **mandado de segurança** impetrado por Siberia Comercial de Alimentos S/A e outros contra ato do Subsecretário da Receita da Secretaria do Estado de Fazenda do Distrito Federal, em que o d. juiz extinguiu o feito sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 485, VI, do CPC/2015, por entender que a discussão ventilada no remédio constitucional esbarra na Súmula nº 266 do STF, segundo a qual não cabe mandado de segurança contra lei em tese.

Em suas razões (ID 3043807), defendem os apelantes a inaplicabilidade da Súmula nº 266 do Supremo Tribunal Federal, ao fundamento de que sua edição foi fundada em casos em que o pedido ensejava a própria declaração de inconstitucionalidade da norma, o que somente poderia ocorrer em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Outrossim, defendem a aplicação do artigo 1.013 do CPC/2015, para que o Tribunal decida desde já o mérito da demanda. No mérito, aduzem que atuam no comércio varejista e atacadista de alimentos e, por isso, a energia elétrica é um insumo essencial para o exercício da atividade-fim. Invocam o princípio da seletividade para argumentar que a tributação deve ser menor sobre produtos essenciais. Comparam o fato de serem tributadas em alíquota de ICMS equivalente a 21%, enquanto outros produtos não essenciais, como armas e munições, são tributados quase no mesmo percentual (25%). Assim, aduzem que não foi observado o critério de essencialidade na fixação da alíquota do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica, restando violados os princípios constitucionais da seletividade, isonomia e do não confisco. Sustentam a inconstitucionalidade da exigência da alíquota de 21%, prevista na alínea “b” do item 13 do artigo 18 da Lei nº 1.254/96 e defendem o direito ao recolhimento do ICMS na alíquota interna de 18%. Ademais, requerem a restituição dos valores recolhidos a maior nos 5 (cinco) anos anteriores à impetração do mandado de segurança.

Preparo (ID 3043808).

Contrarrazões (ID 3043813) pela manutenção da r. sentença.

É o relatório.

VOTOS

A Senhora Desembargadora SIMONE LUCINDO - Relatora

Presentes os pressupostos de admissibilidade, **conheço da apelação.**

Ingressaram os ora apelantes com o presente remédio constitucional visando obstar a incidência de alíquota de 21% do ICMS sobre o consumo de energia elétrica, aplicado por força da disposição contida na alínea “b” do item 13 do artigo 18 da Lei Distrital nº 1.254/96.

Aduzem a inconstitucionalidade do referido dispositivo, por afronta aos princípios da seletividade, isonomia e vedação ao confisco, por entenderem que, na condição de varejistas e atacadistas de alimentos, deveriam ser tributados em alíquota inferior, em razão da essencialidade dos produtos.

A r. sentença extinguiu o feito sem resolução do mérito, por entender que a pretensão autoral confronta com a Súmula nº 266 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual não cabe mandado de segurança contra lei em tese. Por essa razão, insurgem-se os impetrantes/apelantes, defendendo a inaplicabilidade do referido enunciado de súmula e requerendo o imediato julgamento por este Tribunal.

Sem razão os apelantes.

O mandado de segurança é um remédio constitucional que busca resguardar direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça (artigo 1º da Lei n. 12.016/2009).

Com efeito, a existência do direito líquido e certo é condição *sine qua non* para o exercício do *mandamus*, o qual tem como pressuposto a demonstração de plano e de forma incontroversa dos fatos pelos quais advém o alegado direito do impetrante. Ou seja, o fato alegado como base do direito subjetivo deve ser certo e plenamente comprovado por documentos já no ato da impetração, não se admitindo dilação probatória.

Depreende-se dos argumentos trazidos pelos apelantes que, muito embora o pedido do mandado de segurança não seja expressamente a declaração de inconstitucionalidade da alínea “b” do item 13 do artigo 18 da Lei Distrital nº 1.254/96, toda sua argumentação e os pedidos são fundados na alegada inconstitucionalidade.

Note-se que, sequer, os impetrantes descreveram o ato do Subsecretário de Fazenda do Distrito Federal que estaria sendo impugnado no presente *mandamus*, sendo a insurgência dirigida diretamente ao texto legal.

Outrossim, seria inviável conceder o pedido dos apelantes sem que fosse declarada a inconstitucionalidade do referido dispositivo, visto que a Lei Distrital 1.254/96 encontra-se em plena vigência e validade, de modo que, para lhe negar aplicação, somente com fundamento em sua suposta inconstitucionalidade, o que não é possível na via estreita do mandado de segurança.

Assim, é evidente que a insurgência dos apelantes dirige-se a lei em tese, sendo perfeitamente aplicável ao caso o Enunciado nº 266 de Súmula do STF.

A matéria já foi objeto de apreciação pelo c. Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. ALÍQUOTA. PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA. INVIABILIDADE. LEI EM TESE.

1. A suposta violação do princípio da seletividade na fixação da alíquota do ICMS incidente sobre

energia elétrica e a comunicação em 25% não pode ser suscitada em mandado de segurança, por se tratar de impugnação de lei em tese.

2. Matéria decidida pela Primeira Seção, em recurso repetitivo (REsp 1.119.872/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 13.10.2010, DJe 20.10.2010).

Agravo regimental provido.

(AgRg no RMS 39.647/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 25/10/2013)

Em outras oportunidades, manifestou-se este e. Tribunal de Justiça também nesse sentido. Confira-se:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. INTERESSE PROCESSUAL. NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO. ALÍQUOTA DE ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE. INVIABILIDADE. SÚMULA 266/STF. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. EXTINÇÃO DO FEITO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO (269, INCISO I, DO CPC - ATUAL ART. 487, DO NOVO CPC). DEVOLUÇÃO DOS VALORES DEVIDAMENTE CORRIGIDOS. CORREÇÃO MONETÁRIA UTILIZADOS PELO DISTRITO FEDERAL PARA CORREÇÃO DE SEUS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. JUROS DE MORA COM BASE NO ART. 161, PARÁGRAFO PRIMEIRO C/C 167, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN, OU SEJA, TAXA DE 1% (UM POR CENTO) AO MÊS APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO. NÃO CABIMENTO. RECURSO NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. O interesse de agir é condição da ação consubstanciada tanto pela necessidade do ingresso em juízo, para a obtenção do bem de vida visado, como pela utilidade do provimento jurisdicional invocado, ou seja, relaciona-se com a necessidade da providência jurisdicional solicitada e na utilidade que o provimento poderá proporcionar ao autor. Assim, é preciso que a pretensão possa ser alcançada por meio do aforamento da demanda, e que esta seja adequada para a postulação formulada.

2. Segundo o artigo 1º da Lei 12.016/09, o Mandado de Segurança é cabível "para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça".

3. Nos termos do enunciado da súmula 266 do Supremo Tribunal Federal "não cabe mandado de segurança contra lei em tese".

4. A suposta violação ao princípio da seletividade na fixação da alíquota do ICMS incidente sobre energia elétrica e a comunicação não pode ser suscitada em mandado de segurança por se tratar de impugnação de lei em tese (precedentes do STJ).

5. O mandado de segurança também não é via adequada para se pleitear a produção de efeitos patrimoniais pretéritos, nos termos da Súmula 271 do Supremo Tribunal Federal que preceitua que a "concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria". Ademais, consoante enunciado da Súmula 269 do Supremo Tribunal Federal "o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança".

6. Incasu, a ação proposta não é adequada para a postulação formulada pelo autor, devendo ser mantida a sentença que indeferiu a petição inicial e extinguiu o processo com resolução do mérito, com fulcro no artigo 269, inciso I do Código de Processo Civil, ante a rejeição do pedido do autor.

7. Recurso conhecido e NÃO provido. Sentença mantida.

(Acórdão n.979704, 20150111145730APC, Relator: ALFEU MACHADO 1ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 09/11/2016, Publicado no DJE: 18/11/2016. Pág.: 88-93)

DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. CONSUMIDOR FINAL. LETIGIMIDADE ATIVA.FEITO MADURO PARA JULGAMENTO (ART. 515, § 3º, CPC/1973). ÂUSENCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NÃO CABIMENTO CONTRA LEI EM TESE. SÚMULA 266 DO STF. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

O E. Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento, em recurso submetido à sistemática dos recursos repetitivos, de que o consumidor final de energia elétrica, na condição de contribuinte de fato, é parte legítima para discutir pedido de compensação do ICMS supostamente pago a maior, no regime de substituição tributária.

Presentes os pressupostos processuais e estando o feito maduro para ser decidido, aplica-se o art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil/1973, que autoriza o Tribunal, desde logo, a examinar o mérito.

Conforme o art. 5º, inc. LXIX, da Constituição Federal, e o art. 1º da Lei n. 12.016/2009, o remédio constitucional do mandado de segurança tem a finalidade de proteger direito líquido e certo violado por ato ilegal de autoridade pública.

Os fatos alegados pela impetrante devem ser comprovados de plano, mediante prova documental, pois não cabe dilação probatória no mandado de segurança.

Não tendo a impetrante juntado documentos hábeis a demonstrar que se enquadra nos requisitos estabelecidos no art. 18, inc. II, alínea "d", item 3, da Lei Distrital n. 1.254/1996, não faz jus ao uso da via estreita do mandado de segurança para o reconhecimento do direito de pagar o ICMS pela alíquota de 12%.

O questionamento da validade jurídico-constitucional das normas que regem o tema, em especial a Lei Distrital n. 1.254/1996, é vedado em sede de mandado de segurança, nos termos da Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal.

Apelação conhecida. Reconhecimento de que a parte autora possui legitimidade para impetrar o presente mandado de segurança. Sentença anulada. Segurança denegada, na forma do artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil/1973.

(Acórdão n.949601, 20150111146107APC, Relator: HECTOR VALVERDE 6ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 15/06/2016, Publicado no DJE: 28/06/2016. Pág.: 295/332)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. ICMS. INSTRUÇÕES NORMATIVAS. LEI EM TESE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 266 DO STF. INADEQUAÇÃO VIA ELEITA. APELO E REMESSA NECESSÁRIA PROVIDOS.

1. Apelação interposta contra sentença, proferida em mandado de segurança impetrado contra ato do Subsecretário da Receita - SUREC, que julgou procedente a retroatividade da instrução normativa n. 5

de 2016, que elenca as mercadorias excluídas do Regime de Substituição Tributária para o ICMS.

2. De acordo com a norma inscrita no artigo 1º da Lei 12.016/09, será concedido mandado de segurança quando direito líquido e certo for violado ou houver fundado receio de que autoridade venha a violá-lo.2.1. **Eleita a via do mandado de segurança, a concessão da ordem pressupõe a existência de ato de autoridade, ilegalidade ou abuso de poder, lesão ou ameaça de lesão e que o direito líquido e certo não seja amparado por habeas corpus ou habeas data.**

3. É possível a impetração da ação mandamental preventiva quando houver justo receio de concretização da lesão, o que se infere a partir da existência de ameaças reais, concretas, retratadas por atos preparatórios e executórios, tendo em vista que a propositura da demanda sem a ocorrência material de atos capazes de violarem direito líquido e certo do impetrante equivale à impugnação de lei em tese, hipótese de não cabimento do mandado de segurança.3.1. **In casu, verifica-se que o objeto do presente mandamus cinge-se à impugnação de atos normativos abstratamente considerados (IN 1/2016 e IN 5/2016) e não à situação concreta que viole objetivamente direito líquido e certo, tornando-se, portanto, manifestamente inadmissível, tendo em vista a busca da apelada pelo afastamento da retroação dos efeitos da IN 5/2016, para que seja obstada eventual cobrança futura de ICMS ou multa por suposto descumprimento de dever acessório, inerente ao regime de substituição tributária.3.2. Prevê a súmula 266 do Supremo Tribunal Federal que "não cabe mandado de segurança contra lei em tese".**

4. Recurso e remessa necessária providos.

(Acórdão n.1037156, 20160110653442APO, Relator: JOÃO EGMONT 2ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 02/08/2017, Publicado no DJE: 09/08/2017. Pág.: 291/308)

Sendo assim, revela-se correta a r. sentença que entendeu pela extinção do feito, sem apreciação do mérito.

Ante o exposto, **CONHEÇO da apelação e NEGOU-LHE PROVIMENTO**, mantendo intacta a r. sentença.

É como voto.

O Senhor Desembargador RÔMULO DE ARAÚJO MENDES - 1º Vogal

Com o relator

O Senhor Desembargador HECTOR VALVERDE - 2º Vogal

Com o relator

DECISÃO

CONHECIDO. IMPROVIDO. UNANIME.