

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

Órgão 2ª Turma Cível

Processo N. APELAÇÃO CÍVEL 0703205-09.2019.8.07.0018

APELANTE(S) MINAS PASTEIS, EMPORIO E ALIMENTOS LTDA - ME

APELADO(S) DISTRITO FEDERAL

Relator Desembargador SANDOVAL OLIVEIRA

Acórdão N° 1216870

EMENTA

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ICMS. NÃO-CUMULATIVIDADE. SIMPLES NACIONAL. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS. VEDAÇÃO EXPRESSA. INCONSTITUCIONALIDADE. LEI EM TESE. MANDAMUS. NÃO CABIMENTO.

1. Apelação contra sentença que denegou a segurança, sob o fundamento de impossibilidade de cisão dos sistemas de tributação para inclusão das regras isoladamente mais benéficas à impetrante, devendo seguir o regramento do Simples Nacional, sistema ao qual optou por aderir.
2. O mandado de segurança destina-se à proteção de direito líquido e certo, qual seja, aquele que se encontra em plena condição de ser exercido, podendo ser comprovado de plano, pois a via estreita do *mandamus* não comporta dilação probatória.
3. O ICMS, espécie de tributo indireto, é norteado pelo princípio da não-cumulatividade, constitucionalmente previsto no artigo 155, §2.
4. Em que pese a simplificação do procedimento de arrecadação da maior parte dos tributos, o legislador optou por incluir no sistema do SIMPLES a vedação expressa de apropriação ou transferência de créditos relativos aos impostos por ele abrangidos, dentre eles, o ICMS (artigo 23 da Lei Complementar n.º 123/2006).
5. *Incasu*, verifica-se o intento da impetrante em afastar expressa disposição legal – aplicável de forma geral e abstrata a todos os optantes do Simples Nacional – pela estreita via do presente *mandamus*, o que não pode ser admitido, consoante entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal no verbete n.º 266.
6. Inviável a análise do pedido formulado pela impetrante, porquanto o mandado de segurança não é o instrumento jurisdicional apto a promover o controle de constitucionalidade de lei pelo Poder Judiciário. Precedentes.
7. Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, SANDOVAL OLIVEIRA - Relator, SANDRA REVES - 1º Vogal e JOAO EGMONT - 2º Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador SANDOVAL OLIVEIRA, em proferir a seguinte decisão: CONHECIDO. IMPROVIDO. UNÂNIME., de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 20 de Novembro de 2019

Desembargador SANDOVAL OLIVEIRA

Presidente e Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por MINAS PASTÉIS, EMPÓRIO E ALIMENTOS LTDA - ME contra a sentença de ID 10900213, do Juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública, que, nos autos do Mandado de Segurança impetrado em desfavor de ato do SUBSECRETÁRIO DA RECEITA DA SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA DO DISTRITO FEDERAL, denegou a segurança, sob o fundamento de impossibilidade de cisão dos sistemas de tributação para inclusão das regras isoladamente mais benéficas à impetrante, devendo seguir o regramento do Simples Nacional, sistema ao qual optou por aderir. Por fim, condenou a impetrante ao pagamento das custas processuais.

Em suas razões (ID 10900221), aduz ter o Supremo Tribunal Federal firmado entendimento, no RE n.º 635.688/RS – julgado pela sistemática da repercussão geral (Tema 299) –, de que a redução de alíquota configura uma espécie de “isenção parcial”, gerando o dever de o contribuinte realizar o estorno de créditos proporcionalmente, com o consequente direito de crédito equivalente à nova alíquota do ICMS.

Sustenta violação ao princípio do tratamento diferenciado às Micro e Pequenas empresas, em ofensa ao artigo 146, inciso III, alínea ‘d’, da CF, porquanto, para a concessão de tratamento tributário favorecido, a Constituição Federal não autorizou a relativização das normas referentes aos ICMS, sobretudo o princípio da não-cumulatividade, previsto no artigo 155, §2º, incisos I e II, da CF.

Alega tratar-se o Simples Nacional de um sistema naturalmente híbrido, pois nem todos os tributos devem ser recolhidos na forma unificada, como o próprio ICMS, que deve ser recolhido de acordo com as normas gerais em determinadas hipóteses.

Conclui pela inconstitucionalidade do artigo 23 da Lei Complementar n.º 123/2006, diante da ofensa ao princípio da não-cumulatividade, acarretando, ainda, violação à isonomia entre as empresas optantes e não-optantes pelo Simples Nacional.

Aponta a inaplicabilidade do inciso XII do §2º do artigo 155 da CF ao caso, porquanto não realiza compras de fornecedores situados em outros estados.

Pugna, ao final, pelo provimento do recurso para determinar que os apelados se abstenham de exigir, mediante autolancamento a ser realizado mensalmente pela apelante, o ICMS a ser recolhido sem o

aproveitamento dos créditos equivalentes ao resultado da aplicação da alíquota do Simples Nacional sobre o total de ICMS incidido nas entradas de mercadoria. Requer, ainda, seja determinada a cessação do ato coator com base na interpretação do artigo 23 da Lei Complementar n.º 123/2006 conforme artigos 155, §2º, incisos I e II; 146, inciso III, alínea “d”, e parágrafo único; 5º, e 170, inciso IX, todos da Constituição Federal, enunciando a inconstitucionalidade da vedação ao aproveitamento de créditos de ICMS no Simples Nacional.

Preparo devidamente comprovado, nos IDs 10900222 e 10900223.

Contrarrazões de ID 10900227, pugnando pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

VOTOS

O Senhor Desembargador SANDOVAL OLIVEIRA - Relator

Inicialmente, impende consignar que a sentença foi publicada em 21/06/2019 e o apelo interposto em 27/06/2019, sendo, portanto, tempestivo. Preparo devidamente comprovado nos IDs 10900222 e 10900223, estando manifesto o interesse recursal.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

É cediço que o mandado de segurança é garantia prevista no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, bem como na Lei n.º 12.016/2009:

Art. 5º

[...]

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Art. 1º, *caput* - Conceder-se-á mandado de segurança 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.

Dos dispositivos supra, extraem-se pressupostos processuais específicos para a impetração do referido remédio constitucional, dentre os quais a proteção a direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.

O direito líquido e certo é aquele que se encontra em plena condição de ser exercido, podendo ser

comprovado de plano, porquanto a via estreita do *mandamus* não comporta dilação probatória. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO. EXAME PSICOTÉCNICO. VIOLAÇÃO DO EDITAL. INADEQUAÇÃO DA VIA DO MANDAMUS. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Avia estreita do mandamus exige prova pré-constituída, não admitindo dilação probatória.

Ainda que se trate de prova de fato negativo sobre violação do edital no que tange ao exame psicotécnico, cabe ao agravante buscar a tutela jurisdicional por meio que admita a instrução probatória por parte da banca examinadora.

2. Agravo de Instrumento conhecido e desprovido.

(Acórdão n.1190115, 07052824520198070000, Relator: CARLOS RODRIGUES 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 01/08/2019, Publicado no DJE: 13/08/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada. – grifo nosso)

In casu, insurge-se a impetrante contra a vedação ao aproveitamento dos créditos equivalentes ao resultado da aplicação da alíquota do Simples Nacional sobre o total de ICMS incidido nas entradas de mercadoria, porquanto violaria o tratamento diferenciado às empresas de pequeno porte e microempresas e o princípio da não-cumulatividade do ICMS, direitos amparados pela Carta Maior.

Com efeito, o ICMS, espécie de tributo indireto, é norteado pelo princípio da não-cumulatividade, constitucionalmente previsto no artigo 155, §2º:

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

De origem francesa (*taxe sur la valeur ajoutée*), o princípio da não-cumulatividade guarda estreita relação com os princípios da igualdade e da proibição do efeito confiscatório. Preordena-se a concretizar a uniformidade da distribuição da carga tributária sobre as etapas da cadeia de circulação e de industrialização de produtos ou mercadorias, evitando que múltiplas incidências ocasionem o desvirtuamento dos preços.

Em verdade, como bem preceitua Paulo de Barros Carvalho, o referido princípio traduz nítido limite objetivo, pois impõe técnica segundo a qual o valor do tributo devido em cada operação será compensado com a quantia incidente sobre as anteriores^[1].

No que tange ao "Simples Nacional", instituído pela Lei Complementar n.º 123/2006, alterada pela Lei Complementar n.º 128/08, consiste em um regime tributário facilitado e simplificado para microempresas e empresas de pequeno porte, que permite o recolhimento de todos os tributos federais, estaduais e municipais em uma única guia, incluindo-se o ICMS, o que reduz a burocracia e simplifica a contabilidade dos contribuintes, bem como propicia vantagens competitivas com relação às empresas de maior porte.

Todavia, em que pese a simplificação do procedimento de arrecadação da maior parte dos tributos, o legislador optou por incluir no sistema do SIMPLES a vedação expressa de apropriação ou transferência de créditos relativos aos impostos por ele abrangidos, dentre eles, o ICMS. *In verbis*:

Art. 23. As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não farão jus à apropriação nem transferirão créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional.

Desse modo, para obter a tutela almejada – aproveitamento dos créditos equivalentes ao resultado da aplicação da alíquota do Simples Nacional sobre o total de ICMS incidido nas entradas de mercadoria –, a impetrante pretende seja declarada a inconstitucionalidade do dispositivo supramencionado – artigo 23 da Lei Complementar n.º 123/2006 –, por ofensa aos artigos 155, §2º, incisos I e II; 146, inciso III, alínea “d”, e parágrafo único; 5º, e 170, inciso IX, todos da Constituição Federal.

Verifica-se, assim, o intento da impetrante em afastar expressa disposição legal – aplicável de forma geral e abstrata a todos os optantes do Simples Nacional – pela estreita via do presente *mandamus*, o que não pode ser admitido, consoante entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

Súmula266

Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.

Assim tem se manifestado esta Corte sobre o tema:

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DE ICMS. DIFAL. INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS Nº 5.546/15 E Nº 5.558/15. ATO NORMATIVO ABSTRATO. LEI EM TESE. DESCABIMENTO. SÚMULA Nº 266 DO STF.

1. O mandado de segurança constitui instrumento idôneo para proteger direito líquido e certo, demonstrado de plano, por meio de prova pré-constituída, sem a necessidade de dilação probatória.

2. De acordo com a Súmula nº 266 do STF, é incabível a impetração de mandado de segurança contra lei em tese. Precedentes deste Tribunal. 3. Recurso conhecido e não provido.

(Acórdão n.1187743, 07096447020188070018, Relator: DIAULAS COSTA RIBEIRO 8ª Turma Cível, Data de Julgamento: 24/07/2019, Publicado no DJE: 26/07/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada. – grifo nosso)

Cumpre destacar o seguinte precedente desta Corte, que entendeu pelo descabimento do mandado de segurança para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRECATÓRIO. COMPENSAÇÃO. LEI EM TESE. SÚMULA Nº 266 do STF. RECURSO CONHECIDO. NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. Hipótese de compensação entre crédito tributário e precatório.

2. A impetração, ao voltar-se contra os critérios legais de compensação de débitos tributários inscritos em dívida ativa com precatórios, ataca lei em tese.

2.1. A ação de mandado de segurança deve impugnar ato administrativo que gere efeitos concretos.

2.2. A via mandamental, nos termos do enunciado nº 266 da Súmula do Excelso Supremo Tribunal Federal, não é o meio apropriado para a obtenção de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

3. Recurso conhecido e não provido.

(Acórdão n.1186872, 07098707520188070018, Relator: ALVARO CIARLINI 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 18/07/2019, Publicado no PJe: 23/07/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada. – grifo nosso)

Nesse mesmo sentido:

CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PORTARIA MINISTERIAL Nº 1.285/2017. MINISTÉRIO DO TRABALHO. NATUREZA GENÉRICA DAS DETERMINAÇÕES DO ATO IMPUGNADO. IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE PELA VIA MANDAMENTAL. RECURSO DE AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O Mandado de Segurança é uma ação constitucional, de natureza civil, cujo objeto é a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (CASTRO NUNES, José de. Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público . 7. ed. atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 54);

2. A impetração do mandamus exige a descrição de fatos que, em tese, configurem violação de direito líquido e certo do impetrante; sendo incabível seu ajuizamento contra lei ou ato normativo em tese (Súmula 266 do STF. Conferir, ainda: MS 28.293 ED, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, DJe de 30/10/2014; MS 32.694 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 9/6/2015) salvo quando, diferentemente da presente hipótese, configurarem ato de efeitos concretos e imediatos, afastando-se de sua natureza normativa , pois sua natureza jurídica não se confunde com a ação direta de inconstitucionalidade, sendo vedada sua utilização como sucedâneo do controle concentrado de constitucionalidade (MS 22.500-9, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, j. 25-4-96; MS 21.551, Rel. Ministro OCTÁVIO GALLOTTI, DJ 20-11-92, p. 21.612, Ementário 01685.01-PP-00199; MS 21.274, Rel. Ministro CARLOS VELLOSO, DJ 8-4-94, p. 07241, Ementário 01739.04 PP-00658; MS 21.126, Rel. Ministro CARLOS VELLOSO, DJ 14-12-90, p. 15.109, Ementário v. 01606.01, p. 00048; MS 21.125, Rel. Ministro CARLOS VELLOSO, DJ 14-12-90, p. 15.109, Ementário v. 01606.01, p-00040; MS 20.533, Rel. Ministro DJACI FALCÃO, DJ 22-11-85, p. 21.335, Ementário v. 01401.01, p. 00058; MS 20.444, Rel. Ministro MOREIRA ALVES, RTJ 110 (2) p. 542; MS 20.398, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO, DJ 2-12-83, p. 19.032, Ementário 01319.01 p. 00100; MS 20.210, Rel. Ministro MOREIRA ALVES, RTJ 96/1004; AGRMS, Rel. Ministro DJACI FALCÃO, DJ 1-7-88, p. 16.899, Ementário 01508.02, p. 00269).

3. Recurso de agravo a que se nega provimento.

(RMS 36284 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 12/04/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 24-04-2019 PUBLIC 25-04-2019 – grifo nosso)

Nesse contexto, inviável a análise do pedido formulado pela impetrante, porquanto o mandado de segurança não é o instrumento jurisdicional apto a promover o controle de constitucionalidade de lei pelo Poder Judiciário.

Diante do exposto, conheço e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

É como voto.

[1] CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 220.

A Senhora Desembargadora SANDRA REVES - 1º Vogal

Com o relator

O Senhor Desembargador JOAO EGMONT - 2º Vogal

Com o relator

DECISÃO

CONHECIDO. IMPROVIDO. UNÂNIME.