

**TJDFT**

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

Órgão 8ª Turma Cível

Processo N. APELAÇÃO CÍVEL 0038715-32.2016.8.07.0018

APELANTE(S) ASSOCIACAO NACIONAL DOS CONTRIBUINTES DE TRIBUTOS e
DISTRITO FEDERAL

APELADO(S) DISTRITO FEDERAL e ASSOCIACAO NACIONAL DOS CONTRIBUINTES
DE TRIBUTOS

Relator Desembargador DIAULAS COSTA RIBEIRO

Acórdão N° 1338821

EMENTA

APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ASSOCIAÇÃO SEM ASSOCIADOS. ILEGITIMIDADE ATIVA. RECONHECIMENTO. MÉRITO. RESTITUIÇÃO DE ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FATO GERADOR PRESUMIDO MAIOR DO QUE O FATO GERADOR REAL. COMPENSAÇÃO E RESSARCIMENTO DOS VALORES PAGOS A MAIOR. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PROVA. AUSÊNCIA.

1. Embora a impetração de mandado de segurança de natureza coletiva por associação independa da autorização dos associados, é preciso que haja, ao menos, a indicação dos beneficiados pela tutela pretendida.
2. A legitimação a partir de supostos quadros sociais que não se conhecem porque a parte se recusa a revelá-los, transforma o mandado de segurança em meio para se cuidar de uma hipótese e não da defesa de um direito líquido e certo.
3. A ação tem todos os elementos de um “ensaio clínico” que objetiva buscar, no Poder Judiciário, em nome de uma associação sem associados, uma sentença que lhes seja favorável. É um ensaio para testar uma tese e colocar, a serviço dela, a jurisprudência deste Tribunal e o esforço de todos os seus juízes, sem nenhuma consequência, inclusive penalizante.
4. Ao julgar o RE nº 593.849/MG na sistemática da repercussão geral (Tema 201) o Supremo Tribunal Federal entendeu ser “*devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida*” (RE 593849, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016, acórdão eletrônico repercussão geral - mérito dje-065 - divulgação 30-03-2017 - publicação 31-03-2017 republicação: dje-068 - divulgação 04-04-2017 - publicação 05-04-2017).

5. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, ao julgar os REsp nº 1.365.095/SP; nº 1.111.164/BA; nº 1.715.294/SP e nº 1.715.256/SP (Tema 118), firmou entendimento de ser “*necessária a efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de mandado de segurança*”. Além disso, na hipótese de mandado de segurança que objetiva “*obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva alegação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do Contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação suficiente dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental*” (REsp 1715294/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2019, DJe 16/10/2019).

6. O desatendimento desses requisitos impede a concessão da segurança.

7. Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 8ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, DIAULAS COSTA RIBEIRO - Relator, ROBSON TEIXEIRA DE FREITAS - 1º Vogal e EUSTAQUIO DE CASTRO - 2º Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador MARIO-ZAM BELMIRO, em proferir a seguinte decisão: RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. UNÂNIME. , de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 13 de Maio de 2021

Desembargador DIAULAS COSTA RIBEIRO

Relator

RELATÓRIO

1. Processo redistribuído em 23/3/2021 em decorrência da aposentadoria da Relatora originária em 1º/3/2021 (Port/GPR 365/2021 – Dje de 4/3/2021, pág. 38, publicada em 5/3/2021).

2. **Reapreciação** de apelação cível interposta por Associação Nacional dos Contribuintes de Tributos – ANCT contra a sentença da 3ª Vara da Fazenda Pública do DF que, em mandado de segurança impetrado em desfavor do Diretor do Departamento de Arrecadação e Tributação da Subsecretaria da Receita do Distrito Federal denegou a segurança (ID nº 13177039).

3. Discussão sobre inexigibilidade de ICMS sobre preço de pauta presumido que ultrapasse o valor da operação final de venda, especificamente em relação a mercadorias sujeitas à substituição tributária. Pedido de restituição por pagamento indevido e de incidência no valor final da operação, com escrituração fiscal apenas para esse fim.

4. Razões recursais no ID 13177040.

5. A apelação foi conhecida, as preliminares de inépcia do recurso, de ilegitimidade ativa e de ilegitimidade passiva foram rejeitadas. A preliminar de inadequação da via eleita foi parcialmente acolhida (ID nº 13177069). No mérito, o recurso foi parcialmente provido. Julgamento por maioria.

6. Os embargos de declaração (ID nº 13177071) não providos (ID nº 17485361).

7. A ANCT interpôs recurso especial (ID nº 18164358) com fundamento no Tema 118 do STJ.

8. O Distrito Federal também interpôs recurso especial com preliminar de perda do objeto (ID nº 19079627).

9. Contrarrazões apresentadas por ambas as partes (IDs nº 19986204 e nº 20093861). Custas recolhidas pela ANCT (ID nº 18166709 e nº 18166710).

10. Nos termos do art. 1.040, II do CPC, a Presidência deste Tribunal determinou o retorno dos autos para nova apreciação ante a suposta divergência entre o acórdão impugnado e o decidido no paradigma (ID nº 20435654).

11. As partes foram intimadas sobre a aplicação do Tema 118 do STJ (ID nº 23567728).

12. Resposta apenas da ANCT (IDs nº 23900477 e nº 24262346).

13. Cumpre decidir.

VOTOS

O Senhor Desembargador DIAULAS COSTA RIBEIRO - Relator

14. Conheço o recurso.

15. No julgamento da apelação proferi o seguinte voto (ID nº 13177069, págs. 7-19):

“[...] Dirirjo do voto da eminente Relatora, rogando vênia.

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado pela Associação Nacional dos Contribuintes de Tributos (ANCT) contra o Diretor do Departamento de Arrecadação e Tributação da Secretaria da Fazenda do Distrito Federal, no qual se pede a concessão da ordem para assegurar a inexigibilidade do ICMS incidente sobre o preço-pauta presumido que ultrapassar o valor da operação final de venda, determinando-se, *“definitivamente, ao impetrado, a exigibilidade, tão somente, do ICMS incidente sobre o valor da operação final de venda das mercadorias sujeitas a substituição tributária.”*

Como consequência, requer, ainda, a impetrante, *“seja declarado o direito dos filiados da impetrante em transferir para terceiros, obter restituição ou promover compensação dos valores recolhidos indevidamente nos últimos cinco anos e eventualmente no curso do processo na modalidade do recolhimento anterior com quaisquer tributos administrados pelo impetrado...”*

A ordem foi integralmente denegada.

A impetrante recorreu.

A eminente Relatora rejeitou a preliminar da Procuradoria de Justiça, que alegou a ilegitimidade da impetrante. Acolheu, em parte, a preliminar do Distrito Federal para reconhecer a inadequação da via eleita e “*extinguir o feito quanto ao pedido de restituição de valores pagos até a data do ajuizamento da demanda.*”

Por fim, deu provimento ao recurso para “*reformando a r. sentença, reconhecer aos associados da impetrante o direito à restituição, sob a forma de creditamento, da diferença do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, pago a mais no regime de substituição tributária progressiva na hipótese em que a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida.*”

O Mandado de Segurança foi impetrado em 28 de outubro de 2016 sem a lista de associados da impetrante. Da ata da sua última assembleia, realizada em 15 de julho de 2015 (fl. 56), constam nomes que, com muito esforço, permitem concluir que a ANCT tem **quatro associados**, sendo dirigida, inclusive, por um casal: Luiz José Pacheco Vaz Manso Filho e Danielle Medeiros Pacheco Vaz Manso. Conta, ainda, com o advogado Germano César de Oliveira Cardoso, que assina a impetração, e com o advogado Thiago Ramos Sá Gondim.

Não há um único contribuinte do ICMS/DF no rol dos associados na data da impetração.

Há precedente do Supremo Tribunal Federal, envolvendo a mesma impetrante em ação judicial semelhante a esta, julgado no plenário virtual de 23 a 29 de junho de 2017, em que a solução da Suprema Corte não foi diferente: manteve a ilegitimidade da parte.

Confiro excerto do voto do Relator, Min. Roberto Barroso:

“5. O Tribunal de origem entendeu que da lista apresentada pela recorrente constam **apenas seis integrantes**, todos residentes em localidade diversa daquela em que tem competência a autoridade coatora, razão pela qual entendeu pela falta de utilidade, para os impetrantes, de eventual decisão favorável, e, em consequência pela ausência de legitimidade da associação recorrente.

6. Assim, no caso, ausentes os pressupostos processuais, pelo que resta inviável o conhecimento do mérito. Como muito bem salientou a União em sua manifestação, em decisão anterior de minha lavra “as razões para negativa de seguimento do RE da ANCT foram de ordem fático-processual, sendo certo que a invocação das conclusões do Tema 82 foi mero *obiter dictum*, de sorte a demonstrar que a matéria poderá oportunamente ser revisitada, quiçá em outro caso que não tenha os empecilhos processuais deste”.(EMB .DECL. NO A G .REG. NOS EMB .DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 971.444 RIO GRANDE DO SUL RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO).

No presente Mandado de Segurança, a impetrante não demonstrou quais são os seus associados contribuintes do ICMS no Distrito Federal. Certo que aqueles quatro mencionados, por serem pessoas físicas, não são contribuintes desse tributo com direito à diferença pleiteada, nem para o passado, nem para o futuro.

Se se tratasse, por exemplo, do ISSQN, a solução seria outra. Mas quanto ao ICMS, não há dúvida de que não há legitimidade da impetrante considerando-se a natureza do tributo questionado e, conseqüentemente, a falta de pertinência para a impetração em favor dos seus quatro associados.

Destaco que não se pode admitir que a decisão proferida em Mandado de Segurança alcance futuros associados. Se isso fosse permitido, teríamos o processo judicial como instrumento de fomento para a

ampliação da base de filiados da impetrante.

Não desconheço a Súmula 629 do Supremo Tribunal Federal, tampouco as inúmeras decisões juntadas pela impetrante isentando-a de apresentar a lista dos seus associados.

Pelo número de recursos aos Tribunais Superiores, se houvesse associados para além dos quatro identificados, ou dos seis identificados no processo que deu origem ao RE 971.444, a impetrante já os teria apresentado. A impetrante se escuda em argumentos teóricos, quando poderia, com facilidade, mostrar os seus quadros e a pertinência da sua impetração.

Como disse, não desconheço essas decisões. **Mas se é certo que uma Associação pode impetrar Mandado de Segurança em favor dos seus associados, não é menos certo que não pode impetrá-lo em favor de não associados.**

O processo tem um fim prático. Não se pode transformar juízes em membros de bancas examinadoras de teses acadêmicas. Por essa razão, a legitimação a partir de supostos quadros sociais que ninguém conhece, que a parte se recusa a revelar, transforma o Mandado de Segurança em meio para se cuidar de uma hipótese e não da defesa de um direito líquido e certo, data vênua.

Em resumo, este Mandado de Segurança tem todos os elementos de um “ensaio clínico”. Busca-se, no Poder Judiciário, em nome de uma associação sem associados, uma sentença que lhes seja favorável. É um ensaio para testar uma tese e colocar, a serviço dela, a jurisprudência deste Tribunal e o esforço de todos os seus juízes, sem nenhuma consequência, inclusive penalizante.

Anoto que o Supremo Tribunal Federal já decidiu essa matéria com repercussão geral no RE 593849, da relatoria do Min. Edson Fachin. O acórdão de mérito foi publicado em 5 de abril de 2017, após a impetração deste Mandado de Segurança.

Na mesma linha, está em vigor a Lei nº 6.331, de 6 de julho de 2019, que regulamentou a matéria no Distrito Federal:

LEI nº 6.331, DE 16 DE JULHO DE 2019

(Autoria do Projeto: Poder Executivo)

Altera a Lei no 1.254, de 8 de novembro de 1996, que dispõe quanto ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL, FAÇO SABER QUE A CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL DECRETA E EU SANCIONO A SEGUINTE LEI:

Art. 1º A Lei nº 1.254, de 8 de novembro de 1996, fica alterada como segue:

I - o art. 26, caput, passa a vigorar com a seguinte redação, acrescido dos incisos I e II:

Art. 26. É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição integral ou parcial do valor do imposto pago no regime de substituição tributária, quando:

I - não haja a ocorrência do fato gerador presumido, hipótese em que a restituição é integral;

II - se verifique que, na operação realizada com o consumidor ou usuário final, ficou configurada obrigação principal de valor inferior à presumida, hipótese em que a restituição é parcial.

II - fica acrescido o art. 26-A, com a seguinte redação:

Art. 26-A. No regime de substituição tributária, quando se verificar que a base de cálculo presumida é inferior à da operação realizada com o consumidor ou usuário final, é devido ao Distrito Federal o imposto decorrente desta diferença.

§ 1º A responsabilidade pela apuração e recolhimento do imposto de que trata o caput é do contribuinte substituído.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se exclusivamente ao contribuinte que reivindique a restituição de que trata o art. 26.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor:

I - em relação do disposto no art. 1º, I, na data da sua publicação;

II - em relação ao disposto no art. 1º, II, no primeiro dia do exercício seguinte ao de sua publicação, salvo se o intervalo entre tal data e a da publicação for inferior a 90 dias, hipótese em que a vigência terá início após decorridos 90 dias da referida publicação.

Brasília, 16 de julho de 2019 131º da República e 60º de Brasília IBANEIS ROCHA

DISPOSITIVO

Conheço o recurso. Acolho, com outros fundamentos, a preliminar de ilegitimidade arguida pelo Ministério Público e denego a segurança por não haver, entre os associados da impetrante, contribuintes do ICMS no Distrito Federal com direito à devolução ou à vedação pretendida.

Quanto à vedação de cobrança do ICMS na forma acolhida pela eminente Relatora, considero a decisão do Supremo Tribunal Federal com repercussão geral no RE 593849, da relatoria do Min. Edson Fachin, publicado em 5 de abril de 2017, após a impetração deste Mandado de Segurança e, também, a entrada em vigor da Leinº6.331, de 6 de julho de 2019, e denego a ordem por perda superveniente do objeto.

É como voto.”

16. Interpostos os recursos especiais, a Presidência deste Tribunal restituiu os autos para análise de eventual divergência entre o acórdão de ID nº 13177069 e o paradigma fixado no Tema 118 do STJ (CPC, art. 1.040, II - ID nº 20435654). Ratifico o voto acima transcrito.

17. O Tema 118 do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1.365.095/SP; nº 1.111.164/BA; nº 1.715.294/SP e nº 1.715.256/SP), firmou a seguinte tese:

Tese original:

É necessária a **efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente** para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de mandado de segurança. (REsp 1111164/BA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em

13/05/2009, DJe 25/05/2009) [grifo na transcrição].

Tese após a controvérsia 43/STJ:

(a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a **declarar o direito à compensação tributária**, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da anterior exigência da exação, **independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação cabal de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário**, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e

(b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a **obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva alegação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do Contribuinte depende de quantificação**, de modo que a inexistência de comprovação suficiente dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental (REsp 1715294/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2019, DJe 16/10/2019) [grifo na transcrição].

18. A apelante pretende que seja declarada a “a inexigibilidade do ICMS incidente sobre o preço pauta presumido que ultrapasse o valor da operação final de venda, determinando-se, definitivamente, ao impetrado, a exigibilidade, tão-somente, do ICMS incidente sobre o valor da operação final de venda das mercadorias sujeitas à substituição tributária” (ID nº 13177017, pág. 39, item ‘c’).

19. Além da preliminar insuperável, nota-se que a demanda não cumpre os requisitos delineados nos recursos repetitivos, conforme precedente desta Turma, de novembro de 2019: Acórdão 1214553, 07002143120178070018, Relator: NÍDIA CORRÊA LIMA, 8ª Turma Cível, data de julgamento: 6/11/2019, publicado no DJE: 20/11/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.

Dispositivo

20. Conheço e negoprovento ao recurso pelos seguintes fundamentos:

20.1) Acolho, com outros fundamentos, a preliminar de ilegitimidade arguida pelo Ministério Público e **denego a segurança** por não haver, entre os associados da impetrante, contribuintes do ICMS no Distrito Federal com direito à devolução ou à vedação pretendida.

20.2) No mérito, ante o não preenchimento dos requisitos elencados no Tema 118 do STJ, também **denega segurança**.

21. É o voto.

O Senhor Desembargador ROBSON TEIXEIRA DE FREITAS - 1º Vogal

Com o relator

O Senhor Desembargador EUSTAQUIO DE CASTRO - 2º Vogal

Com o relator

DECISÃO

RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. UNÂNIME.