



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 44.239 - RJ (2013/0368299-0)

RELATOR : **MINISTRO HUMBERTO MARTINS**
RECORRENTE : **BORRACHEIRO SANTA ISABEL LTDA**
ADVOGADO : **LEONARDO BRAUNE E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
PROCURADOR : **RAFAEL SANTANA BASTOS E OUTRO(S)**

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO
TRIBUTÁRIA. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE.
INCIDÊNCIA DA SÚMULA 266/STF.

1. A impetrante busca, pela via mandamental, combater em caráter genérico e abstrato disposições contidas em resolução estadual (Resolução SEFAZ 201/2009) que regulamenta o recolhimento do ICMS devido nas operações realizadas pelo regime da substituição tributária pelas as empresas optantes do Simples Nacional, o que é vedado na via estreita do mandado de segurança, ante o óbice contido na Súmula 266/STF.

2. Isso fica claro com a leitura da peça exordial, onde a impetrante desenvolve arrazoadado suscitando, em síntese, o reconhecimento de inconstitucionalidade da referida resolução por violação ao princípio da legalidade (art. 150 da CF), visto que incorreria em exigência e aumento de tributo.

3. Fica claro que o ato apontado como coator não é cobrança do tributo, mas a edição da norma regulamentadora da sistemática de tributação que é de caráter genérico e abstrato, porquanto voltada a todos os contribuintes optantes do Simples sediados naquela Unidade da Federação.

Recurso ordinário improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente) e Assusete Magalhães votaram com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de outubro de 2014(Data do Julgamento).

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 44.239 - RJ (2013/0368299-0)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
RECORRENTE : BORRACHEIRO SANTA ISABEL LTDA
ADVOGADO : LEONARDO BRAUNE E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : RAFAEL SANTANA BASTOS E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por BORRACHEIRO SANTA ISABEL LTDA, com fundamento no art. 105, inciso II, alínea "b", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim ementado:

"MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES NACIONAL. LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006. ATO EMANADO DO SECRETÁRIO DE FAZENDA. LEGITIMIDADE PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO. AUTORIDADE COM COMPETÊNCIA PARA A PRÁTICA E DESFAZIMENTO DO REFERIDO ATO. DECADÊNCIA AFASTADA EM RAZÃO DA OBRIGAÇÃO DE RECOLHIMENTO DA EXAÇÃO MÊS A MÊS. ADEQUAÇÃO DA VIA MANDAMENTAL. LEI DE EFEITOS CONCRETOS. COBRANÇA DE TRIBUTO COM BASE NA RESOLUÇÃO DA SEFAZ Nº 201/2009. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. REJEIÇÃO. PRECEDENTE DESTES TRIBUNAL. LIMINAR REVOGADA. SEGURANÇA DENEGADA."

Nas razões do recurso ordinário, defende o impetrante que a Resolução SEFAZ 201/2009, ao sujeitar as empresas optantes do Simples à sistemática de recolhimento do ICMS pelo regime da substituição tributária, fere o princípio da legalidade, ao majorar carga tributária sem lei que a autorize, violando, dessa forma, os artigos 150, I, 146, III, *a e d*, da CF e 97, III, e 121, parágrafo único, do CTN.

Aponta que *"é inequívoco que a Referida Resolução SEFAZ 201/2009, acarreta aumento da carga tributária, incompatível, portanto com o regime do*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Simples Nacional, ou seja, um regime diferenciado onde o contribuinte cumpre suas obrigações administrativas, tributárias e previdenciárias através do pagamento único relativo a várias exações, cuja base de cálculo, é o faturamento, e sobre o qual incide uma única alíquota, estando, assim, dispensada do pagamento das demais exações instituídas" (fls. 237, e-STJ).

O Estado do Rio de Janeiro apresentou contrarrazões (fls. 254/265, e-STJ), pelas quais defende que: I) a carência da ação, pela impossibilidade de *writ* contra ato normativo; II) a decadência do direito de impetração; III) a ilegitimidade passiva da autoridade coatora; IV) a legalidade da sistemática de substituição tributária estipulada pela Resolução SEFAZ n. 201/2009; v) a impossibilidade de compensação do crédito pretendido.

Parecer do *Parquet* Federal pelo improvimento do recurso, nos termos da seguinte ementa (fls. 277/281, e-STJ):

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. Impetração contra ato do Secretário de Estado da Fazenda do Rio de Janeiro que editou a Resolução da SEFAZ/RJ nº 201/2009 e instituiu nova sistemática para o recolhimento de ICMS para empresas sujeitas ao "Simples Nacional". Acórdão do Eg. Tribunal de Justiça/RJ que denegou o writ postulado. Recurso ordinário tempestivo fundado no art. 105, II, "b" da Constituição Federal. Alegação de ofensas ao princípio da legalidade tributária. Descabimento. Mandado de segurança que em sua essência se dirige contra ato normativo de efeitos genéricos e abstratos. Não cabimento. Incidência da Súmula nº 266 do STF. Orientação pacífica dessa Colenda Corte. Incidência das disposições do art. 557 caput do CPC. Parecer pelo não seguimento do recurso ordinário ora apreciado."

É, no essencial, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 44.239 - RJ
(2013/0368299-0)**

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO
TRIBUTÁRIA. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE.
INCIDÊNCIA DA SÚMULA 266/STF.

1. A impetrante busca, pela via mandamental, combater em caráter genérico e abstrato disposições contidas em resolução estadual (Resolução SEFAZ 201/2009) que regulamenta o recolhimento do ICMS devido nas operações realizadas pelo regime da substituição tributária pelas as empresas optantes do Simples Nacional, o que é vedado na via estreita do mandado de segurança, ante o óbice contido na Súmula 266/STF.

2. Isso fica claro com a leitura da peça exordial, onde a impetrante desenvolve arrazoadado suscitando, em síntese, o reconhecimento de inconstitucionalidade da referida resolução por violação ao princípio da legalidade (art. 150 da CF), visto que incorreria em exigência e aumento de tributo.

3. Fica claro que o ato apontado como coator não é cobrança do tributo, mas a edição da norma regulamentadora da sistemática de tributação que é de caráter genérico e abstrato, porquanto voltada a todos os contribuintes optantes do Simples sediados naquela Unidade da Federação.

Recurso ordinário improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Conforme relatado, pretende a impetrante, empresa de pequeno porte, por ser optante do Simples Nacional (LC 123/06), não se submeter ao recolhimento de ICMS pela sistemática da substituição tributária preconizada pela Resolução SEFAZ 201/2009.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal de origem entendeu pela denegação da ordem, em síntese, ao fundamento de que a própria LC 123/06 não exonera as empresas optantes do Simples Nacional do recolhimento do ICMS devido pelo regime de substituição tributária, visto que legitimada pelas disposições contidas no art. 13, § 1º, XIII, "a" da apontada Lei Complementar, não havendo, desse modo, extrapolação normativa pela resolução atacada.

Contudo, conforme assentado pelo *Parquet*, deve ser reconhecida, de pronto, a inadequação do presente mandado de segurança, devendo ser extinto sem resolução de mérito, por carência de ação.

Isso porque a impetrante busca, pela via mandamental, combater em caráter genérico e abstrato disposições contidas em resolução estadual (Resolução SEFAZ 201/2009) que regulamenta o recolhimento do ICMS devido nas operações realizadas pelo regime da substituição tributária pelas as empresas optantes do Simples Nacional, o que é vedado na via estreita do mandado de segurança, ante o óbice contido na Súmula 266/STF.

Isso fica claro com a leitura da peça exordial, onde a impetrante desenvolve arrazoado suscitando, em síntese, o reconhecimento de inconstitucionalidade da referida resolução por violação ao princípio da legalidade (art. 150 da CF), visto que incorreria em exigência e aumento de tributo. O pedido da recorrente corrobora a pretensão. *In verbis* (fls. 23, e-STJ):

"d) que seja concedida a ordem de segurança afim que seja DECLARADO a existência do direito líquido e certo da Impetrante em não se submeter ao regramento instituído na Resolução da SEFAZ/RJ nº 201, de 04 de maio de 2009, ou seja, ao dever de retenção do ICMS devido por substituição tributária, quer em operação interna, como em operação interestadual, já que em arrepio ao princípio da Legalidade Tributária, e incompatível com o Regime do Simples Nacional;"

Nessa toada, fica claro que o ato apontado como coator não é cobrança do tributo, mas a edição da norma regulamentadora da sistemática de tributação que, diversamente do consignado pelo acórdão recorrido, é de caráter genérico e abstrato, porquanto voltada a todos os contribuintes optantes do Simples sediados naquela Unidade da Federação.

A insurgência mandamental voltada diretamente contra esse ato normativo atrai a incidência da Súmula 266/STF.

Quanto à impossibilidade de utilização do *writ* para atacar lei em tese, já



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decidiu o STJ:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. COMPRA DE MERCADORIAS NO ESTADO DE SÃO PAULO PARA REVENDA NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. AUSÊNCIA DE ATO COATOR ESPECÍFICO. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. SÚMULA N. 266 DO STF.

1. Impetra-se mandado de segurança objetivando-se o não recolhimento, por meio da substituição tributária, de ICMS no Estado do Rio de Janeiro sobre mercadorias adquiridas no Estado de São Paulo, ao argumento de que inexistente Convênio entre os entes federados.

2. No caso, a impetrante não aponta nenhum ato concreto praticado, ou a ser praticado, pela autoridade que se aponta como coatora; ao contrário, impetra o mandamus contra as disposições constantes da Resolução SEFAZ n. 80/2004, por ausência de convênio apto a legitimar a cobrança do ICMS dos produtos de origem paulista, e para desconstituir eventuais autuações fiscais referentes ao tema. Tem-se, então, que a impetrante não discute nenhuma cobrança tributária de ICMS específica, mas, sim, por via indireta, a própria exigibilidade do ICMS incidente sobre a circulação de mercadorias que compra para revenda.

3. Mandado de segurança impetrado contra a legislação de regência da matéria, reputada pela impetrante ilegal e inconstitucional, caso que enseja a aplicação do entendimento sedimentado na Súmula n. 266 do STF, no sentido de que 'não cabe mandado de segurança contra lei em tese'.

4. Recurso ordinário não provido."

(RMS 29.349/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 6/8/2009, DJe 19/8/2009)

"RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 266/STF. EFEITOS FINANCEIROS PRETÉRITOS. IMPROPRIEDADE DA VIA MANDAMENTAL. SÚMULAS 269 E 271 DO PRETÓRIO EXCELSO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A demandante, em seu longo arrazoado, em momento algum demonstra qualquer ato ilegal ou abusivo que esteja em vias de ser praticado pela autoridade impetrada, a fim de justificar o ajuizamento do mandado de segurança preventivo. Defende,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tão-somente, a ilegalidade e inconstitucionalidade das normas estaduais que fixaram a forma de calcular o montante devido a título de ICMS na sistemática da substituição tributária, requerendo, por fim, seja reconhecido seu direito de restituir o tributo que entende ter pago a maior. Dessa forma, como bem consignou o acórdão ora impugnado, mostra-se incabível o presente writ, em razão do que dispõe a Súmula 266/STF: 'Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.'

2. É certa a possibilidade de se alegar inconstitucionalidade de norma em sede de mandado de segurança para fundamentar o pedido; o que não é aceitável, entretanto, é que tal alegação configure pedido autônomo, como ocorreu na hipótese em exame.

3. O Exmo. Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, no voto condutor do acórdão proferido no RMS 21.271/PA, consignou que "atacando o próprio ato normativo, ao fundamento de sua inconstitucionalidade, a impetrante deduz pretensão que, se atendida, produziria efeitos semelhantes aos que decorreriam de sentença de procedência em ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, efeitos, não apenas para a situação concreta e sim 'erga omnes', atingindo todas as demais situações possíveis de ser alcançadas pelo Decreto atacado. Embora se admita, em mandado de segurança, invocar a inconstitucionalidade da norma como fundamento para um pedido (= controle incidental de constitucionalidade), nele não se admite que a declaração de inconstitucionalidade (ainda que sob pretexto de ser incidental), constitua, ela própria, um pedido autônomo, tal como aqui formulado na inicial" (1ª Turma, DJ de 11.9.2006).

4. Ainda que superado tal óbice, o mandamus também se configura incabível por esbarrar nas Súmulas 269 e 271 do Pretório Excelso. Isso porque busca a impetrante efeitos financeiros pretéritos, pois requer seja reconhecido seu direito de aproveitar créditos de ICMS porventura existentes nos últimos dez anos, transferindo-os para seus fornecedores ou, ainda, a um terceiro contribuinte.

5. Destarte, o mandado de segurança realmente não reúne condições de admissibilidade, não havendo desacerto no acórdão recorrido que extinguiu o processo sem resolução do mérito.

6. Recurso ordinário desprovido."

(RMS 20.340/RN, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/4/2007, DJ 3/5/2007, p. 216)

Com efeito, o reconhecimento da falta de interesse, em face da inadequação da via eleita, impõe a denegação da ordem, na forma do art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/2009, combinado com o artigo 267, VI, do CPC.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2013/0368299-0 PROCESSO ELETRÔNICO RMS 44.239 / RJ

Número Origem: 00230922220118190000

PAUTA: 07/10/2014

JULGADO: 07/10/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ROBERTO LUIS OPPERMANN THOMÉ**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : BORRACHEIRO SANTA ISABEL LTDA
ADVOGADO : LEONARDO BRAUNE E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : RAFAEL SANTANA BASTOS E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS / Imposto sobre Circulação de Mercadorias

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente) e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.