



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 37.093 - DF (2012/0026102-0)

RELATOR : **MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA**
RECORRENTE : PAULO E MAIA SUPERMERCADOS LTDA.
ADVOGADA : OLÍVIA TONELLO MENDES FERREIRA E OUTRO(S)
RECORRIDO : DISTRITO FEDERAL
PROCURADOR : LUÍS EDUARDO CORREIA SERRA E OUTRO(S)

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROGRAMA "NOTA LEGAL". ILEGITIMIDADE ATIVA. AFASTAMENTO. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. IMPOSSIBILIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. SÚMULA N. 266/STF.

– A impetrante demanda, em seu próprio nome, a tutela de direito do qual afirma ser titular. A Lei n. 12.016/2009, por sua vez, confere legitimidade ativa para a impetração do mandado de segurança a qualquer pessoa, física ou jurídica, que sofra ou tema sofrer violação de direito por ato de autoridade. Afasta-se, portanto, a preliminar de ilegitimidade ativa.

– Voltando-se a impetração contra lei em tese, incabível a concessão da segurança, a teor do que dispõe o verbete n. 266 da Súmula do STF: "Não cabe mandado de segurança contra lei em tese."

– Na estreita via do mandado de segurança, o direito vindicado não pode estar amparado em mera inferência, ou em suposições unilaterais do impetrante.

Recurso ordinário parcialmente provido apenas para reconhecer a legitimidade ativa da impetrante; no mérito, contudo, denego a ordem, extinguindo o feito com resolução de mérito.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 21 de agosto de 2012(data do julgamento).

MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 37.093 - DF (2012/0026102-0)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA:

Paulo e Maia Supermercados Ltda. interpõe recurso em mandado de segurança contra acórdão do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios assim sumariado:

"AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO. DESPROVIMENTO.

1. Mantém-se a decisão monocrática que indeferiu a inicial, uma vez que a impetrante carece de legitimidade ativa, pois não pleiteia direito subjetivo, mas mero reflexo de atos normativos objetivos.

2. Ademais, a questão posta demanda dilação probatória e, ainda, por não ser admissível a impetração de Mandado de Segurança contra lei em tese (enunciado n. 266 da Súmula do STF).

3. Agravo Regimental desprovido" (fl. 84).

Alega a recorrente que o acórdão não se sustenta porque (i) é parte legítima, pois "a concessão da segurança atingirá diretamente a [sua] esfera jurídica" (fl. 108); (ii) não há necessidade de dilação probatória pois "o simples fato da recorrente estar sendo coagida ao recolhimento do tributo por outros meios que não o legalmente previsto na Lei n. 6.830/1980 já é suficiente para demonstrar a arbitrariedade e ilegalidade do ato coator" (fl. 109); (iii) o enunciado n. 266 da Súmula do STF não se aplica ao caso porque, se "a lei produz efeitos concretos, como no caso presente, aí não mais se cuida de lei em tese, mas sim de lei com efeitos concretos, o que enseja, inquestionavelmente, o ajuizamento de mandado de segurança, conforme pacífica jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça" (fls. 111 e 112).

Ressalta, por fim, que "a inconstitucionalidade no caso ora em exame não é o objeto da presente ação, mas surge como questão que precisa ser analisada para que se comprove a violação a direito líquido e certo da Recorrente de não ser coagida ao recolhimento de tributos, em momento e forma inadequados" (fl. 115).

Contrarrazões apresentadas pelo Distrito Federal às fls. 124 a 133.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal, pelo parecer de fls. 146 a 150, manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 37.093 - DF (2012/0026102-0)

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROGRAMA "NOTA LEGAL". ILEGITIMIDADE ATIVA. AFASTAMENTO. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. IMPOSSIBILIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. SÚMULA N. 266/STF.

– A impetrante demanda, em seu próprio nome, a tutela de direito do qual afirma ser titular. A Lei n. 12.016/2009, por sua vez, confere legitimidade ativa para a impetração do mandado de segurança a qualquer pessoa, física ou jurídica, que sofra ou tema sofrer violação de direito por ato de autoridade. Afasta-se, portanto, a preliminar de ilegitimidade ativa.

– Voltando-se a impetração contra lei em tese, incabível a concessão da segurança, a teor do que dispõe o verbete n. 266 da Súmula do STF: "Não cabe mandado de segurança contra lei em tese."

– Na estreita via do mandado de segurança, o direito vindicado não pode estar amparado em mera inferência, ou em suposições unilaterais do impetrante.

Recurso ordinário parcialmente provido apenas para reconhecer a legitimidade ativa da impetrante; no mérito, contudo, denego a ordem, extinguindo o feito com resolução de mérito.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator):

O recurso merece parcial acolhimento.

A impetrante, empresa do ramo varejista, questionou, na inicial do *mandamus*, a constitucionalidade e a legalidade do programa "Nota Legal" de concessão de créditos para adquirentes de mercadorias ou bens e tomadores de serviços, no âmbito do Distrito Federal, instituído pela Lei distrital n. 4.159, de 13 de junho de 2008.

Referido programa tem por objetivo, a teor do disposto no art. 1º da mencionada norma, incentivar a solicitação de emissão de documentos fiscais por meio de concessão de crédito aos consumidores de até trinta por cento do valor arrecadado do ICMS ou do ISS efetivamente recolhido pelo estabelecimento comercial fornecedor do bem ou prestador do serviço (art. 3º da Lei n. 4.159/2008).

A impetrante apontou essa lei como ato coator, argumentando que "a autoridade impetrada, a pretexto de estabelecer um programa que diminui a sonegação fiscal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

está valendo-se da nota legal como modo de coagir os contribuintes de ICMS e ISS a recolherem tais tributos, caracterizando tal atitude verdadeira sanção política, prática esta condenada pela doutrina e jurisprudência" (fl. 6) e que "o Programa Nota Legal não se limita a estabelecer um meio de evitar a sonegação, mas afigura-se como um verdadeiro instrumento de coação para que o contribuinte pague o tributo. Afinal, se não o fizer, perde os seus clientes que, como é público e notório, tem se recusado a fazer compras em estabelecimentos que lhes obstem o direito de receber o crédito a que possuem direito" (fl. 7).

O Tribunal de origem, por sua vez, extinguiu o feito, sem resolução de mérito, por ilegitimidade da impetrante.

No ponto, a decisão foi assim fundamentada:

"No caso dos autos, a impetrante defende interesse de outrem, qual seja, do consumidor final que, como bem narrou, tem sido prejudicado com o condicionamento da concessão de créditos pelo Programa Nota Legal ao recolhimento do ICMS pelos contribuintes. Esse direito, todavia, não legitima a impetração.

Ao contrário do que arguiu a impetrante, eventual concessão da segurança beneficiaria diretamente os consumidores finais e não a impetrante, pois esta, apenas em potencial, por mera cogitação e de forma indireta é que poderia, talvez, ser beneficiada por um lucro maior em suas atividades, diante da fidelidade e satisfação de sua clientela/consumidores em ver concedidos os tão divulgados créditos" (fl. 60).

A recorrente rebate essa fundamentação (fl. 108), argumentando que não questiona a violação do direito dos consumidores finais, mas seu próprio direito líquido e certo "de não sofrer nenhum óbice ao livre exercício de suas atividades econômicas e tampouco ser coagida ao recolhimento de tributo por outras vias que não a legalmente prevista, ou simplesmente ter sua clientela afastada em decorrência de ato de governo". Reitera, em síntese, a tese exposta à fl. 7 da petição inicial. Daí o pedido, consubstanciado em expedir "ordem à autoridade coatora para que fique impedida de condicionar o pagamento do crédito ao consumidor final ao recolhimento do ICMS pela impetrante" (fl. 22). Logo, a impetrante demanda, em seu próprio nome, a tutela de direito do qual afirma ser titular.

Postas assim as coisas, há de ser afastada a ilegitimidade ativa.

O art. 1º da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, que disciplina o mandado de segurança, dispõe em seu artigo 1º, *caput*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Art. 1º 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" (destaquei).

Como se vê, a Lei n. 12.016/2009 confere legitimidade ativa para a impetração do mandado de segurança a qualquer pessoa, física ou jurídica, que sofra ou tema sofrer violação de direito por ato de autoridade.

No mesmo sentido, respeitáveis lições doutrinárias:

"O essencial para a impetração é que o impetrante – pessoa física ou jurídica, órgão público ou universalidade legal – tenha prerrogativa ou direito próprio ou coletivo, a defender e que esse direito se apresente líquido e certo ante o ato impugnado" (MEIRELLES, Hely Lopes. WALD, Arnold. MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de segurança e ações constitucionais. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 30).

"Pelo que se deduz do texto Constitucional, impetrante há de ser aquele que se afirma titular de direito líquido e certo (pessoa física ou jurídica, ou mesmo ente despersonalizado), 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" (ALVIM, Eduardo Arruda. Mandado de Segurança. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 29).

Afasto, com essas considerações, a preliminar de ilegitimidade ativa.

No mérito, contudo, não procedem os argumentos da impetrante.

Acolho, no particular, o parecer do Ministério Público Federal, que adoto como razões de decidir:

"O recurso não merece prosperar.

Conforme muito bem apontado pela instância de origem, a impetração se volta contra lei em tese, e não contra ato concreto.

Com efeito, da leitura da petição inicial do *mandamus*, verifica-se que o pedido da ação foi para 'impedir a impetrada de utilizar-se de sanção política para coagir a impetrante a efetuar o recolhimento de ICMS, por meio do condicionamento da concessão de créditos a que os consumidores finais fazem jus ao recolhimento do tributo, por ser manifestamente ilegal e inconstitucional sua exigência' (fl. 23).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ocorre que a prática que o impetrante procura cessar (condicionamento da concessão de créditos ao recolhimento do tributo no prazo correto) não decorre de nenhum ato que possa ser imputado à autoridade impetrada, mas sim de expressa previsão na legislação de regência do Programa Nota Legal, de onde se destaca o seguinte:

Lei Distrital 4.159/2008:

Art. 1º Fica instituído o programa de concessão de créditos aos adquirentes de bens e mercadorias e aos tomadores de serviços, com o objetivo de incrementar a arrecadação tributária do Distrito Federal por meio de incentivo à solicitação de emissão de documentos fiscais.

Art. 2º A pessoa física ou jurídica adquirente de mercadoria, bem ou serviço de transporte interestadual de contribuintes do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS ou tomadora de serviço de contribuintes do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS fará jus ao recebimento de créditos do Tesouro do Distrito Federal.

Parágrafo único. O disposto no caput aplica-se somente em caso de fornecedores ou prestadores estabelecidos no Distrito Federal.

Art. 3º O beneficiário do programa, adquirente ou tomador, fará jus ao valor de até 30% (trinta por cento) do ICMS ou do ISS efetivamente recolhido pelo estabelecimento fornecedor ou prestador.

§ 1º Para fins de apuração do crédito a ser concedido aos beneficiários, serão observados:

I – a proporcionalidade entre o valor do documento fiscal referente à aquisição e o valor total dos documentos fiscais emitidos pelo estabelecimento fornecedor ou prestador, no respectivo mês, considerados os documentos não cancelados e os com indicação do CPF ou do CNPJ do adquirente;

II – em relação a cada documento fiscal, o limite de 7,5% (sete inteiros e cinco décimos por cento) para ICMS e 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento) para ISS;

III – o total dos recolhimentos efetuados para o mês das respectivas aquisições;

IV – as correções efetuadas pelo contribuinte pelo meio de reenvio do Livro Fiscal Eletrônico para o respectivo mês.

[...]

Decreto 29.396/2008:

Art. 1º. O Programa de concessão de créditos para adquirentes de mercadorias ou bens e tomadores de serviços do Distrito Federal, instituído pela Lei n. 4.159/08, de 13 de junho de 2008, com o objetivo de incrementar a arrecadação tributária do Distrito Federal por meio de incentivo à solicitação de emissão de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

documentos fiscais, será implementado conforme disposto neste Decreto.

Art. 2º. A pessoa física ou jurídica que adquirir mercadorias, bens ou serviços de transporte interestadual de contribuintes do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS ou tomadora de serviço de contribuintes do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS fará jus ao recebimento de créditos do Tesouro do Distrito Federal.

§ 1º Os créditos previstos no *caput* deste artigo somente serão concedidos se o fornecedor ou prestador:

I - identificar corretamente o adquirente ou tomador do serviço, informando no documento fiscal o CPF (para adquirente pessoa física) ou o CNPJ (para adquirente pessoa jurídica);

II - identificar no Livro Fiscal Eletrônico - LFE, de acordo com o Leiaute Fiscal de Processamento de Dados - LFPD previsto na legislação específica, para todas as operações de venda de mercadorias ou prestações de serviços mencionadas no inciso I, o CPF ou o CNPJ dos adquirentes;

III - efetuar o recolhimento do ICMS ou ISS apurado no LFE.

Dessa forma, considerando que a impetrante não indicou qual o ato de efeitos concretos da autoridade impetrada teria violado direito líquido e certo seu, mas apenas se insurgiu contra a legislação que instituiu o Programa Nota Legal, deve ser reconhecida a inadequação da via eleita, nos termos da Súmula 266/STF, senão vejamos:

'PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PARCELAMENTO TRIBUTÁRIO. REQUISITOS À ADESÃO DISCIPLINADOS PELA LEGISLAÇÃO ESTADUAL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO IMPETRADO POR ASSOCIAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. FALTA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DE QUE A ENTIDADE ESTÁ REUNIDA COM O OBJETIVO SOCIAL PERTINENTE À PRETENSÃO JUDICIAL HÁ, PELO MENOS, UM ANO. ART. 21 DA LEI 12.016/09. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. IMPOSSIBILIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. SÚMULA 266/STF. CARÊNCIA DE AÇÃO RECONHECIDA.

1. Recurso ordinário em mandado de segurança coletivo pelo qual a associação pretende desobrigar seus associados de submissão de determinadas condições estabelecidas pela legislação estadual para adesão a programa de parcelamento tributário (Lei 16.675/09), quais sejam, tempo mínimo de 2 anos do executivo fiscal que busca cobrar o débito objeto do parcelamento (art. 5º) e a inclusão de 10% sobre o valor da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

causa a título de honorários advocatícios (art. 6º, § 2º).

2. A associação impetrante não faz prova pré-constituída de que está reunida há um ano com a finalidade social pertinente à pretensão deduzida judicialmente. Descumprimento do que dispõe o art. 21 da Lei 12.016/2009. Reconhecida a ilegitimidade ativa para a impetração de mandado de segurança coletivo.

3. Da exordial retira-se que a presente impetração ataca lei em tese, pois busca combater em caráter genérico e abstrato as disposições de lei estadual que estabelecem determinadas condições para a adesão em programa de parcelamento tributário. Reconhecida a inadequação da via eleita, nos termos da Súmula 266/STF.

4. Recurso ordinário não provido' (RMS 34.922/GO, Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 11.10.2011).

Ante o exposto, e pelas razões aduzidas, o parecer é pelo desprovisionamento do recurso ordinário" (fls. 148 a 150).

Dessarte, voltando-se a impetração contra lei em tese, incabível a concessão da segurança, a teor do que dispõe o verbete n. 266 da Súmula do STF, *verbis*: "Não cabe mandado de segurança contra lei em tese."

Ademais, irreparável o acórdão recorrido ao consignar que não foi comprovado de plano o direito líquido e certo invocado. Embora a impetrante alegue que exista uma "pública e notória" evasão de consumidores dos "estabelecimentos que não conseguem recolher a exação tempestivamente" (fl. 7), não trouxe aos autos nenhum documento do qual se possa aferir, com segurança, tudo quanto alega. Daí o acerto do registro constante no texto da decisão combatida: "[...] a afirmação exige dilação probatória profunda, pois o direito líquido e certo deve ser comprovado de plano" (fl. 62).

Porém, na estreita via do mandado de segurança, o direito vindicado não pode estar amparado em mera inferência, ou em suposições unilaterais do impetrante. Quanto a isso, a oportuna lição doutrinária:

"Direito líquido e certo é o que apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais" (MEIRELLES, Hely Lopes. WALD, Arnold. MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Segurança e ações constitucionais. 33ª ed. São Paulo: malheiros, 2010).

É da jurisprudência do STJ:

"PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. INEXISTÊNCIA DE AMEAÇA A DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

Na segurança preventiva, compete ao impetrante indicar a situação de fato (decisão administrativa) ou providência concreta executada pela administração que importe em ameaça ao seu direito líquido e certo, considerando-se impróprias, para forcejar o cabimento do *mandamus* meras suposições unilaterais do autor.

[...]

RECURSO NÃO CONHECIDO. DECISÃO UNANIME" (REsp 102.443/RS, Ministro Demócrito Reinaldo, DJ de 16.12.1996).

Diante disso, dou provimento ao recurso ordinário apenas para reconhecer a legitimidade ativa da impetrante. No mérito, mantenho a denegação da ordem, extinguindo o feito com resolução de mérito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2012/0026102-0 PROCESSO ELETRÔNICO RMS 37.093 / DF

Números Origem: 161319 161319820118070000 20110020161319 20110020161319RED

PAUTA: 21/08/2012

JULGADO: 21/08/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CESAR ASFOR ROCHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : PAULO E MAIA SUPERMERCADOS LTDA.
ADVOGADA : OLÍVIA TONELLO MENDES FERREIRA E OUTRO(S)
RECORRIDO : DISTRITO FEDERAL
PROCURADOR : LUÍS EDUARDO CORREIA SERRA E OUTRO(S)

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). OLÍVIA TONELLO MENDES FERREIRA, pela parte RECORRENTE: PAULO E MAIA SUPERMERCADOS LTDA.

PRONUNCIAMENTO ORAL DO SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, Dr. JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO.

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, deu parcial provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque."

Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.