

# SENTENÇA

## 1 – RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por FEDERAÇÃO DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO DO ESTADO DE MINAS GERAIS – FECOMÉRCIO MG em face de ato atribuído ao CHEFE DA ADMINISTRAÇÃO FAZENDÁRIA DA SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA DE MINAS GERAIS E DO DIRETOR EXECUTIVO DE FISCALIZAÇÃO DA SUPERINTENDÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO DA SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA DE MINAS GERAIS, devidamente qualificados.

Consta da inicial, em síntese, que a impetrante é u7ma entidade sindical, figurando como representante do segmento de comércio de bens, serviços e turismo com base territorial em Minas Gerais, e que diversos representados são pessoas jurídicas de direito privado, optantes pelo regime do SIMPLES NACIONAL, razão pela qual realizam um único recolhimento tributário. Nesse sentido, sustenta ser a exigência do DIFAL – ICMS, quando da aquisição de mercadorias de outros Estados da Federação por empresa optante pelo simples, incompatível com tal regime de tributação, mormente pelo fato de inexistir possibilidade de compensação, restando patente a violação dos artigos 5º, inciso II; 150, inciso I; 146-A, III, “a” e “d”, parágrafo único; 155, §2º, VII e 170, IX, todos da Constituição Federal.

Nestes termos, requereu fosse concedida a segurança, “para que as autoridades coatoras se abstenham de autuar os contribuintes/empresas que são representados pela Impetrante, quais sejam, toda categoria econômica que desenvolve o comércio atacadista, varejista, de serviços, agentes autônomos, comércio armazenador, turismo e hospitalidade, em todo o Estado de Minas Gerais, caso deixem de recolher o diferencial de alíquota do ICMS, com fundamento na alínea “g” e/ou “h” do §1º do art. 13 da LC 123/2006 bem como na alínea “f” do §5º do art. 6º da Lei Estadual 6763/75 e do §14º do art. 42 do RICMS/MG, face a inconstitucionalidade e ilegalidade destas normas.”

Requereu, ainda, fosse “declarado o direito dos representados da Impetrante, quais sejam, toda categoria econômica que desenvolve o comércio atacadista, varejista, de serviços, agentes autônomos, comércio armazenador, turismo e hospitalidade, em todo o Estado de Minas Gerais, de compensar/restituir os tributos recolhidos indevidamente, com base alínea “g” e/ou “h” do §1º do art. 13 da LC 123/2006 bem como na alínea “f” do §5º do art. 6º da Lei Estadual 6763/75 e do §14º do art. 42 do RICMS/MG, face a inconstitucionalidade e ilegalidade destas normas, inclusive dos últimos cinco anos contados da impetração deste mandamus, considerando o entendimento esposado na Súmula 213, do Superior Tribunal de Justiça.”

A inicial (id. 107322039) veio acompanhada de procuração e demais documentos.

O Estado de Minas Gerais prestou informações ao id. 117462065, arguindo, preliminarmente, a ilegitimidade da autoridade indicada como coatora, a impetração do *mandamus* contra lei em tese, contrariando entendimento sumulado pelo STF. Requereu a suspensão do feito até o julgamento do tema 517, pelo STF. No mérito, defendeu a legitimidade da cobrança. Bateu-se pela denegação da ordem de segurança.

O Ministério Público se manifestou ao id. 118168003, opinando pela denegação da ordem.

Em síntese, é o relatório. Decido.

## 2 – FUNDAMENTAÇÃO

### 2.1 Da preliminar de ilegitimidade passiva.

Suscitou o Estado de Minas Gerais, em suas informações prestadas, a ilegitimidade passiva das autoridades apontadas como coatoras.

Todavia, razão não lhe assiste.

Nos termos do art. 6º, §3º da Lei n.º 12.016/2009, é legítimo para figurar como autoridade coatora na ação mandamental:

"Art. 6º. A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.



§ 3o. Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática."

Nesses termos, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento sobre o tema, manifestando-se pela legitimidade da autoridade apontada, quando esta não se limita a arguição de sua ilegitimidade, defendendo-se contra o ato impugnado na ação mandamental. Confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ALÍQUOTAS APLICÁVEIS SOBRE VALORES DECORRENTES DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DO ESTADO. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 6º, §3º, DA LEI 12.016/2009. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DO CONTRIBUINTE AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Para aplicar ocorrência da teoria da encampação necessita-se do preenchimento de alguns requisitos: (a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; (b) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas; e (c) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal. (...) 4. Agravo Regimental do Contribuinte desprovido." (AgRg no RMS 30.771/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 30/11/2016)"

Com efeito, no caso em exame, considerando que o Estado de Minas Gerais compareceu ao feito e defendeu o ato acoimado de ilegal, entendendo pela impossibilidade de extinção do processo.

Sendo assim, **rejeito** a preliminar arguida.

Quanto às demais preliminares arguidas entendo que se confundem com o mérito e junto a este serão examinadas.

## 2.2 Mérito

Esclareço, inicialmente, que, conforme autoriza o art. 12, inc. II, do Código de Processo Civil, este processo é julgado independentemente de ordem preferencial cronológica, levando-se em conta os que versam sobre matéria distinta.

O mandado de segurança é o remédio constitucional que objetiva amparar direito líquido e certo, exigindo-se, para tanto, que haja prova pré-constituída, uma vez que nas ações mandamentais não se admite dilação probatória, nos termos do artigo 1º da Lei 12.016/09.

Sobre a matéria, ensina Hely Lopes Meireles:

**"Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitada na sua extensão e apto a ser exercido 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 definido por outros meios judiciais".** (in "Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data, Malheiros, p. 28)."

Na hipótese, cuida-se de mandado de segurança que tem por escopo afastar a exigência de diferencial de alíquotas ("DIFAL") na aquisição interestadual de bens destinados ao uso e consumo de empresas optantes do regime SIMPLES NACIONAL, representadas pela Impetrante. Pois bem.

O art. 146 da CR, com redação dada pela EC nº 42/03, autorizou a instituição de regime unificado de tributação para microempresas e empresas de pequeno porte, mediante lei complementar, em observância ao princípio do tratamento favorecido (arts. 170, IX, e 179 do mesmo diploma), nos seguintes termos:

"Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso III, d, também poderá



instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que:

I - será opcional para o contribuinte;

II - poderão ser estabelecidas condições de enquadramento diferenciadas por Estado;

III - o recolhimento será unificado e centralizado e a distribuição da parcela de recursos pertencentes aos respectivos entes federados será imediata, vedada qualquer retenção ou condicionamento;

IV - a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes.

(...)

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ... IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

(...)

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Em decorrência, em 14.12.06 foi editada a Lei Complementar nº 123 que instituiu o Estatuto Nacional das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e, dentre suas principais características, criou o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições por elas devidos conhecido como Simples Nacional, pelo qual há recolhimento unificado mensal, por documento único de arrecadação, do IRPJ, IPI, CSLL, COFINS, PIS/PASEP, CPP, ICMS e ISS (art. 13).

Todavia, o citado regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido, comporta exceções, previstas no próprio dispositivo e, especificamente quanto à hipótese discutida nos autos, a antecipação do recolhimento do ICMS, assim dispõe:

“Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

(...)

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

1. com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 desta Lei Complementar;

2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor;

h) nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

(...)

§ 5º A diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que tratam as alíneas g e h do inciso XIII do § 1º deste artigo será calculada tomando-se por base as alíquotas aplicáveis às pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional.

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.

§ 1º As pessoas jurídicas e aquelas a elas equiparadas pela legislação tributária não optantes pelo Simples Nacional terão direito a crédito correspondente ao ICMS incidente sobre as suas aquisições de mercadorias de microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional, desde que destinadas à comercialização ou industrialização e observado, como limite, o ICMS efetivamente devido pelas optantes pelo Simples Nacional em relação a essas aquisições.

§ 2º A alíquota aplicável ao cálculo do crédito de que trata o § 1º deste artigo deverá ser informada no documento fiscal e corresponderá ao percentual de ICMS previsto nos Anexos I ou II desta Lei Complementar para a faixa de receita bruta a que a microempresa ou a empresa de pequeno porte estiver sujeita no mês anterior ao da operação.

§ 3º Na hipótese de a operação ocorrer no mês de início de atividades da microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional, a alíquota aplicável ao cálculo do crédito de que trata o § 1º deste artigo corresponderá ao percentual de ICMS referente à menor alíquota prevista nos Anexos I ou II desta Lei Complementar.

§ 4º Não se aplica o disposto nos §§ 1º a 3º deste artigo quando:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte estiver sujeita à tributação do ICMS no Simples Nacional por valores fixos mensais;"

Logo, é de se notar que a própria legislação do Simples Nacional autoriza a cobrança de ICMS em situação específica nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal mesmo que o imposto já seja recolhido mensalmente, decorrente de outras operações.

Conclui-se, portanto, que a cobrança do diferencial de alíquota não viola a sistemática do Simples, sendo perfeitamente admissível se exigir dos optantes por este regime o recolhimento do ICMS-DIFAL previsto no art. 13, § 1º, inc. XIII, g, da LC nº 123/06.

A matéria em questão, inclusive, fora recentemente apreciada pelo c. Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, nos autos do RE 970.821, Tema nº 517, de relatoria do MIN. EDSON FACHIN, j. 17/05/2021, ata publicada em 20/05/2021, confira-se:

**“Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 517 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que davam provimento ao recurso. Foi fixada a seguinte tese: “É constitucional a imposição tributária de diferencial de alíquota do ICMS pelo Estado de destino na entrada de mercadoria em seu território devido por sociedade empresária aderente ao Simples Nacional, independentemente da posição desta na cadeia produtiva ou da possibilidade de compensação dos créditos.” Os Ministros Gilmar Mendes e Nunes Marques acompanharam o Relator com ressalvas. Plenário, Sessão Virtual de 30.4.2021 a 11.5.2021.”**

Sendo assim, reconhecida a constitucionalidade pelo STF da exigência do DIFAL-ICMS, nas operações de aquisição de mercadoria por empresa consumidora final e optante pelo Simples Nacional, aplico à presente hipótese a tese ora firmada, por veicular matéria coincidente com aquela analisada pela Corte Superior.

Registro, por necessário, que as decisões do STF tem aplicação imediata, não sendo necessário aguardar o trânsito em julgado, como foi decidido no seguinte julgado:

"Direito Processual Civil. Agravo interno em reclamação. Aplicação imediata das decisões do STF. Desnecessidade de aguardar o trânsito em julgado. 1. As decisões proferidas por esta Corte são de observância imediata. Portanto, não é necessário aguardar o trânsito em julgado do acórdão paradigma para aplicação da sistemática da repercussão geral. Precedentes. 2. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, em caso de decisão unânime".(Rcl 30003 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 04/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-116 DIVULG 12-06-2018 PUBLIC 13-06-2018)

Diante de tais premissas, a denegação da segurança é medida que se impõe.



### **3 – DISPOSITIVO**

Pelo exposto, DENEGO A SEGURANÇA e julgo extinto o feito, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inc. I, do Código de Processo Civil.

Custa pela impetrante.

Sentença não sujeita ao reexame necessário.

Incabíveis honorários de sucumbência em Mandado de Segurança, consoante disciplina as Súmulas 512 do STF e 105 do STJ e art. 25 da Lei no 12.016/2009.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Belo Horizonte, data informada no ID da assinatura digital.

**Christina Bini Lasmar**

**- Juíza de Direito -**

