



Acórdão nº
Processo nº 2011.3.008195-8
Órgão Julgador: 1ª Turma de Direito Público
Recurso: Apelação
Apelante: Lojas Americanas
Advogado: Fábio Rodrigues Moura Júnior OAB/PA: 12.828
Advogado: Gerson Stocco de Siqueira OAB/RJ: 75.970
Apelado: Estado do Pará- Secretaria de Estado da Fazenda- SEFA
Advogado: Elisio Augusto Veloso Bastos- Proc do Estado
Relatora: Desembargadora Rosileide Maria da Costa Cunha

EMENTA:

APELAÇÃO CIVEL- PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE PROVA PRECONSTITUÍDA PARA PROVAR O DIREITO DO IMPETRANTE. QUANDO O DIREITO REQUER DILAÇÃO PROBATÓRIA NÃO CABE MANDADO DE SEGURANÇA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO A UNANIMIDADE.

- 1- Mandado de segurança.
- 2- Aplicação diferenciada de alíquotas de 25% e 30% quando da aquisição de energia elétrica e serviços de telecomunicação.
- 3- No caso em exame, observa-se que não há comprovação de direito líquido e certo a ser protegido por essa via mandamental, posto que a apelante não acostou aos autos as faturas de energia elétrica ou serviços de telecomunicação nem consta a cobrança de alíquotas diferenciadas, além de que não encontra-se nos autos qualquer outro documento hábil a comprovar a suposta violação do direito líquido e certo reclamado, quais sejam, contrato de prestação de serviço de telecomunicações, contrato de fornecimento de energia elétrica, comprovante de pagamento de faturas referente ao fornecimento dos serviços destacados, comprovante de pagamento do ICMS, entre outros que pudessem comprovar a alegada violação.
- 4- É da essência do mandamus a característica de somente admitir prova literal pré-constituída, aquela que resulta de fato certo, que é aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documento inequívoco
- 5-
- 6- Configurada necessidade de dilação probatória, não é cabível Mandado de Segurança.
- 7- Recurso Conhecido e improvido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os Excelentíssimos Desembargadores que integram a 1ª Turma de Direito Público deste Egrégio Tribunal do Estado do Pará, à unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento a Apelação, nos termos do voto da Desembargadora relatora.

Plenário da 1ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, sessão ordinária realizada em 19 de Fevereiro de 2018. Julgamento presidido pela Desembargadora Ezilda Pastana Mutran.

Belém, 19 de Fevereiro de 2018.

ROSILEIDE MARIA DA COSTA CUNHA



Desembargadora Relatora

Acórdão nº
Processo nº 2011.3.008195-8
Órgão Julgador: 1ª Turma de Direito Público
Recurso: Apelação
Apelante: Lojas Americanas
Advogado: Fábio Rodrigues Moura Júnior OAB/PA: 12.828
Advogado: Gerson Stocco de Siqueira OAB/RJ: 75.970
Apelado: Estado do Pará- Secretaria de Estado da Fazenda- SEFA
Advogado: Elisio Augusto Veloso Bastos- Proc do Estado
Relatora: Desembargadora Rosileide Maria da Costa Cunha

Relatório

Tratam os presentes autos de recurso de APELAÇÃO interposto por LOJAS AMERICANAS, inconformada com a sentença proferida pelo M.M. Juízo de Direito da 6ª Vara da Fazenda de Belém, que, nos autos de Mandado de Segurança c/ pedido de liminar, impetrado em face do ESTADO DO PARÁ-SECRETARIA DA FAZENDA- SEFA, que indeferiu a inicial.

A impetrante ajuizou ação mandamental aduzindo que a Lei Estadual é inconstitucional na medida em que deixou de atender o princípio da isonomia sob a ótica da seletividade e essencialidade, posto que estabeleceu alíquotas maiores e diferenciadas para a impetrante, ferindo o seu direito líquido e certo, razão pela qual busca a concessão da segurança para que se determine que a autoridade apontada como coatora se abstenha de aplicar alíquotas diferenciadas e previstas em Lei Estadual, bem como requereu que seja reconhecido o direito de ressarcimento dos valores pagos à maior nos últimos dez anos.

O feito seguiu seu regular processamento até a prolação de sentença (fls.121-123), que decidiu nos seguintes termos:

Diante do exposto, considerando que não se admite na presente ação dilação probatória no sentido de ser decidir matérias factuais controversas e com lastro no art. 10 da Lei 12.016/09, indefiro a inicial por carência de ação, extinguindo por consequência o processo sem resolução do mérito.

Inconformada, a LOJAS AMERICANAS, apresentou recurso de apelação (fls.127-162).

Em suas razões recursais, sustentou em síntese, que a presente ação não visa questionar Lei em tese e sim afastar uma ameaça concreta, objetiva e real de prática de ato coator impugnando a exigência do ICMS às alíquotas de 25% e 30% quando da aquisição de energia elétrica e serviços de telecomunicação.

Alegou, ser plenamente possível a impetração de mandado de segurança preventivo quando se visa assegurar direito líquido e certo de pagar ICMS



incidente sobre tais serviços.

Asseverou, ainda, que não há que se falar em ausência de prova pré-constituída, uma vez que a matéria discutida na presente ação é eminentemente de direito e que restou cabalmente demonstrada a inobservância do critério da essencialidade dos produtos e serviços para fins de fixação das diversas alíquotas do ICMS pelo Estado.

Por fim, defendeu que não pretende com a presente ação fazer vias de ação de cobrança, sustentando que visa apenas o reconhecimento da existência de um crédito de ICMS em seu favor, decorrente do pagamento de maior tributo incidente sobre serviços de energia elétrica e telecomunicações nos últimos 10 anos, bem como a declaração do direito de compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos, conforme entendimento firmado na sumula 218/STJ.

Remetidos os autos ao Tribunal de Justiça do Estado Pará, a apelação foi distribuída a Exma. Desa. Helena Percila de Azevedo Dornelles, e em decorrência da aposentadoria da eminente relatora, o processo foi redistribuído à minha relatoria.

Instada a se manifestar, a Douta Procuradoria emite parecer pelo Conhecimento e improvimento do presente recurso às fls.189-191.

É o relatório.

VOTO

Precipuamente, em aplicação da teoria do isolamento dos atos processuais, insculpida no art. 14 do Código de Processo Civil de 2015, o recurso em exame será apreciado sob a égide do CPC de 1973, visto que a decisão apelada é anterior à vigência do Novo Diploma Processual Civil.

Avaliados, preliminarmente, os pressupostos processuais subjetivos e objetivos deduzidos pelos Apelantes, tenho-os como regularmente constituídos, bem como atinentes à constituição regular do feito até aqui, razão pela qual conheço do recurso, passando a proferir voto.

MÉRITO

Pretende a impetrante, ora apelante, assegurar suposto direito líquido e certo de pagar ICMS incidente sobre serviços de comunicação e fornecimento de energia elétrica pela alíquota interna de 17% (dezessete por cento), prevista no art. 12, inciso VII, da Lei nº 5.530/89 e no art. 20, inciso VII, do Decreto nº 4.676/01.

Como é cediço, o mandado de segurança é ação civil de cunho documental em que a própria definição de direito líquido e certo relaciona-se com a desnecessidade de dilação probatória para fins de constatação do ato ilegal ou abusivo retratado, presente na petição inicial do writ, a teor do art. 1º da Lei n.º 12.016/2009, consubstanciando-se, como se vê, o Mandado de Segurança em remédio constitucional posto à disposição de pessoa física ou jurídica que visa proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas data ou habeas corpus, em razão da imposição de lesão injusta ou de sua ameaça, por ato de autoridade, nos termos do art. 5º, incisos LXIX e LXX da Constituição Federal.

Destaco que direito líquido e certo, segundo o posicionamento já consolidado, é aquele direito titularizado pelo impetrante, embasado em situação fática perfeitamente delineada e comprovada de plano por meio



de prova pré-constituída. É, em síntese, a pré-constituição da prova dos fatos alçados à categoria de causa pedir do mandamus, independentemente de sua complexidade fática ou jurídica, que permite a utilização da ação mandamental.

Nessa ótica, é o ensinamento doutrinário do Hely Lopes Meirelles:

direito líquido e certo é o direito que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado em sua extensão e apto a ser exercido no momento da Impetração

Como sabemos o Mandado de segurança precisa de direito prima facie, porquanto não comporta a fase instrutória inerente aos ritos que contemplam cognição primária. É que conforme as lições da Professora Di Pietro:

No mandado de segurança, inexistente a fase de instrução, de modo que, havendo dúvidas quanto às provas produzidas na inicial, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito, por falta de um pressuposto básico, ou seja, a certeza e liquidez do direito.

Com efeito, assim dispõe o art. 1º da Lei n.º 12.016/09:

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.

É da essência do mandamus a característica de somente admitir prova literal pré-constituída, aquela que resulta de fato certo, que é aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documento inequívoco

Portanto, após detida análise dos autos, conclui-se, por conseguinte, que não há comprovação de direito líquido e certo a ser protegido por essa via mandamental, posto que a apelante não acostou aos autos as faturas de energia elétrica ou serviços de telecomunicação que conste a cobrança de alíquotas diferenciadas, além de que não existe nos autos qualquer outro documento hábil a comprovar a suposta violação do direito líquido e certo reclamado, quais sejam, contrato de prestação de serviço de telecomunicações, contrato de fornecimento de energia elétrica, comprovante de pagamento de faturas referente ao fornecimento dos serviços destacados, comprovante de pagamento do ICMS, entre outros que pudessem comprovar a alegada violação.

Este egrégio Tribunal também já firmou entendimento neste sentido, conforme demonstram os arestos abaixo transcritos:

PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE PROVA PRECONSTITUÍDA PARA PROVAR O DIREITO DO IMPETRANTE. QUANDO O DIREITO REQUER DILAÇÃO PROBATÓRIA NÃO CABE MANDADO DE SEGURANÇA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO CONHECIDO e PROVIDO A UNANIMIDADE. 1- Ausência de provas pre-constituídas de que o impetrante possua direito a nomeação no concurso público ao cargo de Técnico em Vigilante Sanitário, eis que



existem provas nos autos que sua formação é no curso de Auxiliar Sanitário. 2- Não existem provas de que cumpriu os requisitos do edital no momento da convocação, havendo ainda uma declaração de inexistência de registro profissional, que é requisito indispensável do edital. 3- Configurada necessidade de dilação probatória, não é cabível Mandado de Segurança. (2017.02689519-11, 177.312, Rel. EZILDA PASTANA MUTRAN, Órgão Julgador 2ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA, Julgado em 2017-06-19, Publicado em 2017-06-28)

Na mesma direção:

AGRAVO REGIMENTAL CONVERTIDO EM AGRAVO INTERNO. MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO MONOCRÁTICA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. AUSÊNCIA DE PROVA PRECONSTITUÍDA DE ATO ARBITRÁRIO OU ILEGAL DA AUTORIDADE IMPETRADA. Tendo o impetrante ingressado equivocadamente com petição direcionada ao Corregedor Geral de Justiça da Região Metropolitana de Belém indicando a existência de suposta irregularidade praticada por Magistrado no exercício de sua função, não se evidencia abusiva ou ilegal a decisão que recebe a petição como reclamação e procede a apuração dos fatos, porque tal procedimento encontra-se dentro dos limites das atribuições funcionais de Corregedor de Justiça, conforme procedimento previsto no Regimento Interno do TJE/PA, ex vi art. 54, inciso VII, pois cabe ao impetrante demonstrar de plano por prova pré-constituída a existência de ato arbitrário ou ilegal violador do seu direito líquido e certo, na forma exigida e sede de Mandado de Segurança, o que não ocorreu na espécie dos autos. Agravo conhecido e improvido à unanimidade. (2015.03391574-08, 150.886, Rel. LUZIA NADJA GUIMARAES NASCIMENTO, Órgão Julgador TRIBUNAL PLENO, Julgado em 2015-09-09, Publicado em 2015-09-14)

Noutra ponta, em relação a argumentação da apelante de que a matéria discutida é eminentemente de direito e que por esse motivo está cabalmente demonstrada a inobservância do critério da essencialidade dos produtos e serviços para fins de fixação das diversas alíquotas do ICMS pelo Estado do Pará, não merece guarida, haja vista, a ausência de documentos essenciais para a comprovação de plano do direito aqui vindicado.

Da mesma forma, não deve prosperar o pedido acerca do suposto crédito decorrente da diferença entre os valores indevidamente recolhidos de ICMS, nos últimos 10 (dez) anos, sobre alíquotas de 25% e 30%, haja vista que o apelante busca equivocadamente usar ação mandamental como sucedâneo de ação de cobrança, que também é inadmissível.

DISPOSITIVO:

Ante o exposto, **CONHEÇO DO RECURSO E NEGÓ-LHE PROVIMENTO** para manter a sentença de primeiro grau, tendo em vista a ausência de provas pré-constituídas em Mandado de Segurança, conforme os fundamentos lançados no voto.

É como voto.

Belém, 19 de Fevereiro de 2018.



ROSILEIDE MARIA DA COSTA CUNHA
Desembargadora Relatora