



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS**

Autos nº 0704861-98.2019.8.07.0018

Recurso Extraordinário em Apelação em Mandado de Segurança

LOJAS RENNER S/A, devidamente qualificada nos autos do processo em epígrafe, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, em atenção à decisão de id. n. 16334413, interpor o presente **AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO**, com fulcro no artigo 1.042 do Código de Processo Civil, pelos fatos e fundamentos que passa a expor.

I - TEMPESTIVIDADE

1. Conforme disposição do artigo 1.003, caput e §5º do Código de Processo Civil, o prazo para interposição de recursos é de 15 (quinze) dias contados da data em que os advogados são intimados da decisão.
2. O patrono da agravante registrou ciência no sistema Pje no dia 29 de maio de 2020 (sexta-feira). Tendo em vista que "os prazos somente começam a correr do 1º (primeiro) dia útil após a intimação" (artigo 224, §3º do CPC), o prazo para interposição do recurso teve início em 1º de junho de 2020 (segunda-feira).
3. Uma vez que os prazos são computados apenas os dias úteis (artigo 219 do CPC), bem como a ocorrência de feriado de Corpus Christi em 11 de junho (**doc. 01**),¹ tem-se que o termo final do protocolo do presente agravo em recurso

¹ Artigo 1º da Portaria ME n. 679/2019.

Tozzini, Freire, Teixeira e Silva
Rua Borges Lagoa 1328 CEP 04038-904 São Paulo SP
T 11 5086-5000 F 11 5086-5555
TOZZINIFREIRE.COM.BR





extraordinário se encerrará em 22 de junho de 2020 (quarta-feira), razão pela qual é tempestivo.

II - DA SÍNTESE DA DEMANDA

4. Cuida-se de mandado de segurança impetrado para **assegurar o direito líquido e certo de a empresa retificar as informações de créditos e débitos nos Livros Fiscais Eletrônicos (LFE) dos períodos de março/2016 e abril/2016**, afastando-se, em nome do princípio da não-cumulatividade e dos postulados da razoabilidade, da proporcionalidade e da não-excessividade, o parágrafo 6º do artigo 54 do Regulamento do ICMS (Decreto Distrital n. 18.955/1997), bem como o artigo 12, §4º e §5º, inciso II da Portaria SEFAZ n. 210/2006, e do artigo 2º, incisos I e II da Instrução Normativa SUREC n. 2/2016.

5. A agravante explora a atividade de comércio de vestuário e acessórios em lojas de departamento. Dessa forma, a empresa é contribuinte do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS).

6. No curso do cumprimento de suas obrigações tributárias, a agravante constatou, com auxílio do sistema Agenci@Net da Secretaria de Estado de fazenda do Distrito Federal, indícios de Malha Fiscal decorrentes da divergência, para os períodos de março/2016 e abril/2016, entre as informações de faturamento declaradas no Livro Fiscal Eletrônico e a movimentação de cartão de débito/crédito informada pelas administradoras de cartões, assim como entre as informações de saída de mercadoria registradas no LFE e as informações de saída de mercadorias contidas em notas fiscais eletrônicas.

7. As divergências apontadas decorreram de erro na escrituração fiscal da agravante, porque os LFE de março/2016 e abril/2016 foram entregues à autoridade fiscal completamente “zerados”, ou seja, sem informação alguma sobre a apuração do ICMS dos períodos, **embora o imposto devido tenha sido devidamente recolhido.**

8. **Portanto, as inconsistências identificadas foram motivadas por erro no cumprimento de obrigação acessória. Para sanear esse problema, bastaria que a agravante apresentasse a retificação dos Livros, eis que, conforme adiantado, a obrigação principal foi integralmente cumprida.**

9. Os referidos LFE retificadores, destinados a regularizar a Malha Fiscal, foram apresentados após o prazo referido no artigo 12, §4º e §5º, inciso II da Portaria SEFAZ n. 210/2006, pelo que os arquivos foram rejeitados. A rejeição dos arquivos decorreu do consequente aumento do valor informado nos **campos 06**





e 07 do registro E360 (campos que informam os créditos de ICMS nas "entradas e aquisições com crédito do imposto" e de "outros créditos" de ICMS).

10. Isso porque o artigo 12, §4º e §5º, inciso II da Portaria SEFAZ n. 210/2006, e do artigo 2º, incisos I e II da Instrução Normativa SUREC n. 2/2016, **vedam o aproveitamento de créditos fiscais em períodos de apuração anteriores ao da sua comunicação.**

11. Para melhor elucidar a questão, veja o texto do parágrafo 6º do artigo 54 do Regulamento do ICMS:

Art. 54 *Salvo expressa disposição em contrário, a escrituração de crédito será efetuada pelo seu valor nominal e no período em que se verificar a entrada, real ou simbólica, de bem ou mercadoria no estabelecimento, inclusive se destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente, ou o recebimento de serviço de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.*

[...]

§6º O aproveitamento do crédito de que trata o § 5º não poderá ser efetuado em períodos de apuração anteriores ao da sua comunicação, ressalvado o disposto no § 6º-A. (grifo nosso).

12. Veja também o texto do artigo 12, §4º e §5º, inciso II da Portaria SEFAZ n. 210/2006:

Art. 12. Os arquivos com as informações contidas nos artigos acima deverão ser entregues até o último dia do mês subsequente, para períodos de apuração a partir de janeiro de 2017.

[...]

§4º Sem prejuízo do disposto no inciso VIII do art. 3º, **a retificação do livro fiscal eletrônico, quando implicar uma das situações dispostas abaixo, só poderá ser efetuada até o último dia do terceiro mês subsequente ao mês de referência do arquivo:**

I - redução do valor informado em qualquer um dos seguintes campos: 10 e 14 do registro B470, 4 do registro B500 e 2, 3, 4, 16, 17, 18 e 19 do registro E360;

II - **acréscimo do valor informado em qualquer um dos seguintes campos: 11 e 12 do registro B470 e 6, 7, 8, 10 e 14 do registro E360.**

§5º As retificações de que trata o §4º, poderão ser efetuadas fora do prazo estabelecido:





I - desde que o contribuinte, no período de referência do arquivo a ser retificado, esteja enquadrado no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional e as alterações não impliquem:

a) redução do valor informado em qualquer um dos seguintes campos do registro E360: 3, 16, 17 e 19;

b) acréscimo do valor informado em qualquer um dos seguintes campos do registro E360: 7, 8, 10 e 14;

II - quando autorizadas por autoridade fiscal competente.

Destacamos.

13. Por sua vez, o texto do artigo 2º da Instrução Normativa SUREC n. 2/2016 bem elucida a vedação de apropriação de créditos de forma extemporânea:

Art. 2º **Não será aceita, após o prazo de que trata o §4º do art. 12 da Portaria SEF 210/2006, a retificação do LFE** que:

I - Aumente o valor informado no campo 06 do Registro E360 - "...", observado o disposto no inciso I do § 5º do artigo 12 da Portaria nº 210, de 14 de julho de 2006. (NR)

II - Aumente o valor informado no campo 07 do Registro E360 - "Valor total de outros créditos", quando esse aumento estiver relacionado à apropriação a menor de crédito referente a documento fiscal de entrada ou aquisição já registrado na escrita fiscal.

Destacamos.

14. Em outras palavras, a agravante se vê impossibilitada de corrigir um erro cometido ao tentar cumprir a obrigação acessória de apresentar corretamente os Livros Fiscais, embora, frise-se, a obrigação principal tenha sido integralmente cumprida.

15. Isso porque a retificação dos Livros Fiscais Eletrônicos do período de março/2016 e abril/2016, que a agravante pretende realizar, envolve não apenas o reconhecimento dos débitos de ICMS, mas também o registro dos créditos apropriados no período, eis que é da própria essência do tributo, em atenção à não-cumulatividade, que o valor do ICMS a recolher no período compreenda a diferença entre débitos e créditos.





16. Obviamente que sem a retificação dos campos dos Livros Fiscais Eletrônicos relacionados aos créditos tomados, os valores que deveriam ter sido recolhidos nos períodos pretéritos serão aumentados, na medida em que os créditos não serão computados na apuração. No fim das contas, a obrigação principal, que foi integralmente cumprida pela agravante, será elevada, de modo que os valores pagos dentro dos prazos de vencimento serão insuficientes.

17. A fim de afastar o ato coator, consubstanciado na proibição de retificação dos LFE para reconhecimento do crédito escritural correspondente ao período do débito, a agravante impetrou mandado de segurança preventivo, para que fosse autorizada a retificação das informações de créditos e débitos nos Livros Fiscais Eletrônicos dos períodos de março/2016 e abril/2016 e compelida a autoridade fiscal a processar os LFE.

18. Esse é o contexto fático antes do ajuizamento do mandado de segurança, o qual **não** desafia qualquer controvérsia nos autos, sendo admitido inclusive pela Corte de origem, conforme pode ser observado no relatório do acórdão recorrido.

19. Após a autoridade coatora prestar informações e o Distrito Federal apresentar manifestação, sobreveio sentença que denegou a ordem de segurança pleiteada. **O Tribunal de Justiça do Distrito Federal confirmou a sentença, por meio de acórdão que adotou os seguintes fundamentos:**

(i) **Ausência de prova pré-constituída cabal e inconcussa capaz de demonstrar o ato coator:**

"É de sabença geral que os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e veracidade, razão por que só pode ser elidida mediante prova robusta em sentido contrário. [...] Malgrado a documentação acostada, não há elementos suficientes para afirmar a ilegalidade do ato cuja anulação se pretende";

(ii) **A Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal justifica a regularidade do ato administrativo guerreado:**

"[...] considerando o teor dos LFE 12/2017 transmitidos à SEF/DF pelos contribuintes detentores dos CF/DF 07.403.706/002-78 e 07.403.706/004-30, sugerimos que as empresas revisem os Livros Fiscais e, nos casos de retificações de declarações, sigam os procedimentos previstos na Instrução Normativa nº 02/2016 – SUREC/SEF";

(iii) **O descumprimento do prazo para apresentação dos Livros Fiscais Eletrônicos deve ser sucedido de sanções:**





"Forçoso reconhecer, a partir da investigação detida dos autos, o descumprimento pelo contribuinte dos prazos legalmente estipulados, uma vez que a incumbência de escrituração dos créditos em apreço não foi ultimada dentro do prazo regulamentar. Por isso, constatado o inadimplemento de obrigação acessória, a imposição das sanções legais é medida a ser suportada pelo contribuinte, vedando-se sua transferência ao Fisco. Dessa forma, inadmissível a alegação de descumprimento do princípio da não-cumulatividade, consagrado no art. 155, § 2º, I, da Carta Magna, ante a verificação de que o impetrante descumpriu obrigação acessória cogente circunscrita à escrituração dos livros fiscais eletrônicos, dentro dos prazos prescritos em lei."

20. A agravante opôs embargos de declaração contra o acórdão, haja vista que algumas omissões impediram o colegiado de apreciar a demanda segundo os fatos e as provas colacionadas aos autos. Os embargos também tinham por finalidade prequestionar a matéria a ser debatida nesta colenda Suprema Corte.

21. O Tribunal de Justiça rejeitou os embargos, entendendo que não houve qualquer omissão no julgado. Porquanto contrário ao artigo 5º, incisos XXXV, LIV e LV, e ao artigo 93, inciso IX, e ao artigo 155, §2º, inciso I, todos da Constituição Federal, a agravante interpôs recurso extraordinário.

22. O Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, por meio da decisão ora agravada, negou admissão ao recurso extraordinário, sob os seguintes fundamentos:

a) Inadmissão com base no 1.030, inciso I, alínea "a" do Código de Processo Civil: violação ao artigo 5º, incisos XXXV, LIV e LV, e ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal

O Supremo Tribunal Federal, na oportunidade do julgamento do RE 748.371-RG (Relator Ministro GILMAR MENDES, DJ-e de 1º/8/2013 – Tema 660), assentou, sob a sistemática da repercussão geral, que a suposta ofensa aos limites da coisa julgada e aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, quando debatida sob a ótica infraconstitucional, não apresenta repercussão geral.

No tocante à suposta violação ao artigo 93, inciso IX, da CF, o Supremo Tribunal Federal, na oportunidade do julgamento do AI 791.292 QO-RG (Relator Min. GILMAR MENDES, DJe de 12/8/2010 – Tema 339), concluiu que "O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado





de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão”.

b) Inadmissão com base no 1.030, inciso V do Código de Processo Civil: violação ao artigo 155, §2º, inciso I da Constituição Federal

No que se refere ao alegado malferimento ao artigo 155, §2º, inciso I, da Constituição Federal, o apelo excepcional também não merece trânsito, embora a recorrente tenha afirmado a existência de repercussão geral, porque para que se pudesse vislumbrar a alegada ofensa aos dispositivos constitucionais invocados, seria necessária antes, a análise da matéria à luz de lei local, imune ao recurso extremo por força do enunciado 280 da Súmula do STF. Nesse sentido, confirmam-se o ARE 1239489 AgR, Relator: Min. LUIZ FUX, DJe 18/12/2019; o ARE 1222087 AgR, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 6/12/2019; e o ARE 1075391 AgR, Relator: Min. EDSON FACHIN, DJe 11/12/2019.

c) Inadmissão com base no 1.030, inciso V do Código de Processo Civil: contrariedade do parágrafo 6º do artigo 54 do Regulamento do ICMS, do artigo 12, §4º e §5º, inciso II da Portaria SEFAZ n. 210/2006, e do artigo 2º, incisos I e II da Instrução Normativa SUREC n. 2/2016; ao artigo 155, §2º, inciso I da Constituição Federal

É descabida a invocação da alínea “c” do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal, pois não há adequação à hipótese do referido permissivo constitucional. Com efeito, no acórdão combatido não houve julgamento de validade de lei ou ato de governo local, contestado em face da Constituição.

23. O trecho da decisão agravada, que inadmitiu o recurso extraordinário no capítulo que trata da violação ao artigo 5º, incisos XXXV, LIV e LV, e ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal (item “a” do parágrafo anterior), com base no 1.030, inciso I, alínea “a” do Código de Processo Civil, será desafiado, conforme prevê a norma processual, por meio de agravo interno (artigo 1.030, §2º).

24. Os demais itens da decisão, notadamente aqueles transcritos nos itens “b” e “c” do parágrafo 22 desta peça, serão tratados neste recurso. Com a devida venia, a decisão agravada não analisou de forma detida o recurso extraordinário da ora agravante, pelo que deve ser reformada, para que seja admitido o apelo, pelas razões a seguir aduzidas.





III - MÉRITO

III.A - Sobre a apontada inadmissão do recurso extraordinário por violação ao artigo 155, §2º, inciso I da Constituição Federal

25. A decisão agravada assevera que o recurso extraordinário não poderia ter seguimento pela alegada violação ao artigo 155, §2º, inciso I da Constituição Federal, pois:

*No que se refere ao alegado malferimento ao artigo 155, §2º, inciso I, da Constituição Federal, o apelo excepcional também não merece trânsito, embora a recorrente tenha afirmado a existência de repercussão geral, **porque para que se pudesse vislumbrar a alegada ofensa aos dispositivos constitucionais invocados, seria necessária antes, a análise da matéria à luz de lei local, imune ao recurso extremo por força do enunciado 280 da Súmula do STF.** Nesse sentido, confirmam-se o ARE 1239489 AgR, Relator: Min. LUIZ FUX, DJe 18/12/2019; o ARE 1222087 AgR, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 6/12/2019; e o ARE 1075391 AgR, Relator: Min. EDSON FACHIN, DJe 11/12/2019.*

26. Contudo, ao contrário do que afirmou a decisão agravada, o acórdão recorrido enfrentou o tema da violação ao princípio da não-cumulatividade (artigo 155, §2º, inciso I da Constituição Federal) segundo os fatos descritos no próprio relatório do voto, **bem delimitando a controvérsia no sentido da análise da transgressão direta ao comando constitucional.** Para que não reste dúvida sobre isso, a agravante reproduz trechos do acórdão recorrido, os quais refletem ao estabelecimento da discussão:

Sobre a controvérsia relativa à violação ao artigo 155, §2º, inciso I da Constituição Federal:

Cinge-se a questão em analisar se a recorrente faz jus à retificação das informações constantes dos seus livros fiscais eletrônicos – LFE, sem que isso implique a imposição dos ônus previstos na Instrução Normativa SUREC nº 02/2016 e da Portaria nº 210/2006, bem como aferir a legalidade da expedição dos autos de infração (ID 5960556).

(...)

Forçoso reconhecer, a partir da investigação detida dos autos, o descumprimento pelo contribuinte dos prazos legalmente estipulados, uma vez que a incumbência de escrituração dos créditos em apreço não foi ultimada dentro do prazo regulamentar. Por isso, constatado o inadimplemento de obrigação acessória, a





imposição das sanções legais é medida a ser suportada pelo contribuinte, vedando-se sua transferência ao Fisco.

Dessa forma, inadmissível a alegação de descumprimento do princípio da não-cumulatividade, consagrado no art. 155, § 2º, I, da Carta Magna, ante a verificação de que o impetrante descumpriu obrigação acessória cogente circunscrita à escrituração dos livros fiscais eletrônicos, dentro dos prazos prescritos em lei.

Destacamos.

27. Veja que o relator bem esclarece que a agravante descumpriu a norma regulamentar quanto ao prazo para retificação dos livros fiscais eletrônicos, o que, segundo a ótica dele, justificaria a restrição ao creditamento do ICMS.

28. Por outro lado, o 2º Vogal, Desembargador Diaulas Costa Ribeiro, concluiu de maneira diversa. De acordo com o seu voto, houve violação à não-cumulatividade na medida em que não foi dado ao contribuinte a oportunidade de corrigir os livros fiscais eletrônicos, inclusive com a correta apropriação dos créditos escriturais. Veja trecho do voto:

Ainda sobre a controvérsia relativa à violação ao artigo 155, §2º, inciso I da Constituição Federal:

Não dar ao contribuinte, com base em portarias e atos normativos editados pela própria Fazenda Pública, a chance de corrigir um lançamento equivocado nos Livros Fiscais Eletrônicos (LFE) é tributar duas vezes. É transformar a obrigação acessória em obrigação principal. Destacado.

29. Veja Excelência que **a questão alusiva à legislação local não está em debate**. O acórdão recorrido estabeleceu a controvérsia em bases exatas. A agravante cometeu um erro de escrituração fiscal. A correção desse erro, segundo a autoridade impetrada, importa somente no reconhecimento do débito, sem a apropriação do respectivo crédito do período. Nessa base, houve (ou não) violação ao princípio constitucional da não-cumulatividade? Três Desembargadores disseram “não”, enquanto dois Desembargadores disseram “sim”.

30. Portanto, a questão em apreço depende da simples análise dos fatos segundo o princípio constitucional da não-cumulatividade (violação do artigo 155, §2º, inciso I da Constituição Federal), não havendo falar em necessária análise da legislação local, pelo que é inaplicável a Súmula 280/STF.





III.B - Sobre a apontada inadmissão do recurso extraordinário por ausência de contrariedade do parágrafo 6º do artigo 54 do Regulamento do ICMS, do artigo 12, §4º e §5º, inciso II da Portaria SEFAZ n. 210/2006, e do artigo 2º, incisos I e II da Instrução Normativa SUREC n. 2/2016; ao artigo 155, §2º, inciso I da Constituição Federal

31. Por fim, afirmou a decisão agravada que *"é descabida a invocação da alínea "c" do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal, pois não há adequação à hipótese do referido permissivo constitucional. Com efeito, no acórdão combatido não houve julgamento de validade de lei ou ato de governo local, contestado em face da Constituição."*

39. Contudo, a situação dos autos é diametralmente oposta à afirmação contida na decisão agravada, na medida em que a alegação de contrariedade do parágrafo 6º do artigo 54 do Regulamento do ICMS, do artigo 12, §4º e §5º, inciso II da Portaria SEFAZ n. 210/2006, e do artigo 2º, incisos I e II da Instrução Normativa SUREC n. 2/2016; ao artigo 155, §2º, inciso I da Constituição Federal, foi o ponto central da discussão no Tribunal local.

32. Mais uma vez se invoca o voto do relator da apelação. Entendeu-se que o artigo 12, §4º e §5º, inciso II da Portaria SEFAZ n. 210/2006, e o artigo 2º, incisos I e II da Instrução Normativa SUREC n. 2/2016, não ofendem o artigo 155, §2º, inciso I da Constituição Federal, veja:

Em seu recurso, a apelante sustenta que possui direito líquido e certo para afastar o parágrafo 6º do artigo 54 do Regulamento do ICMS, bem como o artigo 12, §4º e §5º, inciso II da Portaria SEFAZ n. 210/2006, e do artigo 2º, incisos I e II da Instrução Normativa SUREC n. 2/2016, com base no princípio da não-cumulatividade e dos postulados da razoabilidade, da proporcionalidade e da não-excessividade.

[...]

Forçoso reconhecer, a partir da investigação detida dos autos, o descumprimento pelo contribuinte dos prazos legalmente estipulados, uma vez que a incumbência de escrituração dos créditos em apreço não foi ultimada dentro do prazo regulamentar. Por isso, constatado o inadimplemento de obrigação acessória, a imposição das sanções legais é medida a ser suportada pelo contribuinte, vedando-se sua transferência ao Fisco.

Dessa forma, inadmissível a alegação de descumprimento do princípio da não-cumulatividade, consagrado no art. 155, § 2º, I, da Carta Magna, ante a verificação de que o impetrante descumpriu obrigação acessória cogente circunscrita à





escrituração dos livros fiscais eletrônicos, dentro dos prazos prescritos em lei.

Destacado.

33. Evidencia-se, portanto, que o acórdão recorrido expressamente julgou válida lei ou ato de governo local (parágrafo 6º do artigo 54 do Regulamento do ICMS, do artigo 12, §4º e §5º, inciso II da Portaria SEFAZ n. 210/2006, e do artigo 2º, incisos I e II da Instrução Normativa SUREC n. 2/2016) contestado em face da Constituição Federal (artigo 155, §2º, inciso I).

34. Conclui-se, portanto, pelo desacerto da decisão agravada, pelo que o recurso extraordinário deve ser admitido e julgado por esta Suprema Corte.

IV - DO PEDIDO

35. Diante de todo o exposto, requer a agravante seja então admitido o recurso extraordinário, a fim de que seja analisado o mérito por este Supremo Tribunal Federal e, ao final, seja-lhe dado provimento, nos termos em que requerido.

Termos em que, pede deferimento.
Brasília/DF, 18 de junho de 2020.

Rafael Mallmann
OAB/RS 51.454

Isabela Braga Pompilio
OAB/DF 14.234

Bruno Rodrigues Teixeira de Lima
OAB/DF 31.591

Ivy Bergami Goulart Barbosa
OAB/DF 52.706

