



**Poder Judiciário
JUSTIÇA ESTADUAL
Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
Vara da Fazenda Púb, Exec. Fis., Acid. do Trab. e Reg. Púb. da
Comarca de Itajaí**

Rua Uruguai, 222 - Bairro: Centro - CEP: 88302-900 - Fone: (47) 3261 9302 - Email:
itajai.fazenda@tjsc.jus.br

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 5017296-36.2022.8.24.0033/SC

IMPETRANTE: _____ LTDA

IMPETRADO: SECRETÁRIO DA FAZENDA - MUNICÍPIO DE ITAJAÍ/SC - ITAJAÍ

DESPACHO/DECISÃO

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA¹

Trata-se de **Mandado de Segurança** impetrado por _____ LTDA contra ato do **SECRETARIO MUNICIPAL DA FAZENDA DO MUNICIPIO DE ITAJAÍ**, em que se pleiteia, liminarmente, que a Autoridade Coatora efetue a inscrição da Impetrante no Simples Nacional, desde que não existam pendências fiscais, com data retroativa a partir de 01/01/2022.

A Impetrante relata que é microempresa que se dedica à atividade exclusivamente comercial de restaurante, nos termos da clausula sexta do seu último ato societário, e não desenvolve nenhuma atividade relacionada à prestação de serviços.

Aduz que possui uma unidade estabelecida no Município de Itajaí, a qual se encontra em plena atividade e devidamente regularizada na Fazenda Federal, Estadual e Municipal, possuindo o regular alvará de funcionamento.

Alega que somente é contribuinte de tributos federais (PIS, COFINS, CSLL e IRPJ), que estão abrangidos no Simples Nacional e também estadual (ICMS), não sendo, portanto, contribuinte de imposto municipal face não exercer qualquer atividade de prestação de serviços.

Sustenta que, com a crise econômica gerada pela pandemia, atrasou todas as suas obrigações, dentre elas as suas parcelas do Simples Nacional, devidas à Receita Federal do Brasil, fato que acabou lhe culminando com a exclusão do Simples Nacional no final de 2021. Todavia, não restou prejudicado o direito de obter novo enquadramento

no ano de 2022, desde que regularizadas as pendências que ensejaram sua exclusão no exercício anterior.

Alega que em 25/01/2022 fez nova solicitação de opção pelo Simples Nacional, porém o pleito foi negado diante da existência de pendências tributárias, dentre as quais com o Município de Itajaí. No entanto, ao buscar esclarecimentos junto à Fazenda Municipal, obteve a informação de que não havia qualquer pendência em aberto.

Não obstante, aduz que sua nova adesão ao Simples Nacional foi indeferida em definitivo em 29/06/2022, sob a mesma alegação de impedimento constante na sua solicitação realizada em 25/01/2022, mesmo não havendo pendências na matriz ou na filial de CNPJ 21.364.621/0005-58, extinta em 02/2022. Alega que o termo de indeferimento apontou o CNPJ da matriz como se fosse ela que estivesse com pendência cadastral. Entretanto, ao realizar nova consulta ao portal E-CAC, constatou que o indeferimento foi ocasionado por uma pendência cadastral e/ou fiscal com o Município de Itajaí da filial já extinta e que possui certidão negativa de débitos municipais que atesta sua regularidade tributária.

Noticia que tal filial foi encerrada e liquidada em 22/01/2022, através da 6ª alteração de contrato social, tendo seu CNPJ baixado no dia 23/02/2022. Alega que a filial foi baixada porque o imóvel em que estava sediada não possuía as condições exigidas pela municipalidade para obtenção de alvará de funcionamento e sanitário. Acrescenta que, pelas datas de sua extinção, não poderia tal CNPJ ser motivo de indeferimento do pedido de reingresso ao Simples Nacional porque ela foi encerrada dentro do prazo para regularidade das pendências, que era até 31/01/2022. Entende também que a simples falta de alvará não é motivo para indeferimento do simples.

Ao final, pleiteia a confirmação da liminar.

A parte está devidamente representada, juntou documentos e recolheu as custas de ingresso.

É o relatório. Decido.

O Mandado de Segurança tem como objeto a proteção de direito líquido e certo violado ou ameaçado de modo ilegal ou com abuso de poder por parte de autoridade coatora, a teor do disposto no art.
² ³
 5º, inciso LXIX, da CRFB/88 e no art. 1º, caput, da Lei nº 12.016/09 .

Direito líquido e certo, nas palavras de Leonardo Carneiro
⁴ da Cunha , “é o que se apresenta manifesto na sua existência e apto a ser exercitado”. E complementa o doutrinador:

Na verdade, o que se deve ter como líquido e certo é o fato, ou melhor, a afirmação de fato feita pela parte autora. Quando se diz que o

mandado de segurança exige a comprovação de direito líquido e certo, está-se a reclamar que os fatos alegados pelo impetrante estejam, desde já, comprovados, devendo a petição inicial vir acompanhada dos documentos indispensáveis a essa comprovação. Daí a exigência de a prova, no mandado de segurança, ser préconstituída.

No que diz respeito ao prazo de impetração, verifico que o presente Mandado de Segurança atende ao disposto no art. 23 da Lei nº⁵

12.016/2009 , na medida em que não decorreram 120 (cento e vinte) dias desde a ciência do Impetrante a respeito do ato impugnado, datado de 29/06/2022, e a impetração do *mandamus* em 05/07/2022 (evento 1, comprovantes 12).

Ainda, para a concessão de medida liminar em Mandado de Segurança, a Lei n. 12.016/2009, em seu art. 7º, inciso III , exige a presença simultânea do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, de forma que a ausência de um desses requisitos impede o deferimento da tutela de urgência, cujo instituto está previsto no art. 300 do Código de Processo Civil .⁶

A Lei Complementar n.º 123/2006 instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Conforme o artigo 1º, estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O artigo 16, §1º, dispõe sobre o enquadramento no Simples Nacional, determinando-se os limites pelo artigo 3º da mesma Lei:

Art. 16. § 1º Para efeito de enquadramento no Simples Nacional, considerar-se-á microempresa ou empresa de pequeno porte aquela cuja receita bruta no ano-calendário anterior ao da opção esteja compreendida dentro dos limites previstos no art. 3º desta Lei Complementar.

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e

sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

II - no caso de empresa de pequeno porte, auíira, em cada anocalendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

As excludentes para adoção do regime encontram-se no §4º do artigo 3º da LC 123/06:

§ 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

I - de cujo capital participe outra pessoa jurídica;

II - que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, depessoas jurídicas com sede no exterior;

*III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do **caput** deste artigo;*

*IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do **caput** deste artigo;*

*V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do **caput** deste artigo;*

VI - constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo;

VII - que participe do capital de outra pessoa jurídica;

VIII - que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e dedesenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;

IX - resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma dedesmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores;

X - constituída sob a forma de sociedade por ações.

XI - cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço, relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

Ao que tudo indica, pela documentação acostada e argumentos apresentados na inicial, a Impetrante efetivamente enquadrar-se dentro do rol de empresas que podem optar pelo regime do Simples Nacional, tanto que recolheu os tributos dessa forma até ser informada sobre sua exclusão.

Porém, sua nova adesão foi indeferida em razão da ausência de inscrição fiscal junto ao Município de Itajaí, com fundamento no art. 17, inciso XVI, da Lei Complementar nº 123/2006 (evento 1, comprovantes 12). Transcrevo-o:

Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou empresa de pequeno porte:

XVI - com ausência de inscrição ou com irregularidade em cadastro fiscal federal, municipal ou estadual, quando exigível.

O documento carreado ao evento 1, comprovantes 13 demonstra que a pendência apontada se refere à filial da Impetrante, inscrita no CNPJ sob o 21.364.621/0005-58 e baixada em 23/02/2022 (evento 1, documento 15).

Todavia, as Certidões Negativas de Débitos constantes do evento 1, documentação 10 e 11 atestam que a Impetrante e a filial extinta não possuem débito perante a municipalidade.

A exclusão do regime Simples por pendência cadastral perante o Município, sem sequer haver o recolhimento de imposto neste Ente, com o consequente enquadramento em regime tributário mais gravoso, parece-me desarrazoado. Nossa Tribunal já se manifestou em caso semelhante nesse mesmo sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. SENTENÇA QUE ANULOU ATO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. INSURGÊNCIA DO MUNICÍPIO. EMPRESA QUE ALTEROU O SEU RAMO DE ATUAÇÃO SEM TER COMUNICADO AO FISCO MUNICIPAL. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. IMPOSSIBILIDADE. HIPÓTESE QUE NÃO CONFIGURA IRREGULARIDADE EM CADASTRO FISCAL. "CADASTRO FISCAL" - EXPRESSÃO QUE NÃO ABARCA QUALQUER IRREGULARIDADE, MAS TÃO SOMENTE PENDÊNCIAS DE NATUREZA FISCAL. EX VI DO ART. 17, XVI, DA LC. N. 123/2006. ENTENDIMENTO DO STJ. MANUTENÇÃO. "[...] Discute-se nos autos o alcance da expressão "irregularidade em cadastro fiscal" prevista no inciso XVI do art. 17 da Lei Complementar nº 123/2006 para fins de vedação de opção ou impossibilidade de manutenção da empresa no regime do Simples Nacional. 3. No caso em análise, a empresa foi impedida de ingressar e se manter no regime do Simples Nacional em razão da ausência de alvará de localização e funcionamento. Não parece razoável que a ausência do referido alvará trate de irregularidade cadastral fiscal, sobretudo na hipótese em que a empresa se encontre devidamente inscrita e adimplente com os tributos que lhe são devidos, de forma

que sua exclusão do Simples Nacional por ausência do referido alvará milita contra a necessidade de tratamento jurídico diferenciado que lhe é devida em razão de ser empresa de pequeno porte, bem como contra os benefícios que tanto a empresa quanto os entes da Federação usufruem em razão da opção da empresa pelo Simples Nacional. 4. No âmbito federal, a expressão "cadastro fiscal federal" prevista no inciso XVI do art. 17 da LC nº 123/2006 se refere à relação de pessoas em situação de suspensão/cancelamento/inaptidão nos cadastros indicados do Ministério da Fazenda (CPF e CGC/CNPJ), informações constantes do cadastro informativo de créditos não quitados do setor público federal (Cadin), instituído pela Lei nº 10.522/02, que contém também o rol de pessoas físicas e jurídicas responsáveis por obrigações pecuniárias vencidas e não pagas, correspondendo também ao disposto no inciso V do art. 17 da LC nº 123/2006. 5. Mutatis mutandis, a inexistência de alvará de funcionamento não é irregularidade enquadrável no conceito de "irregularidade em cadastro fiscal" para efeito da aplicação do art. 17, XVI, da Lei Complementar n. 123/2006, pois o "cadastro fiscal" a que se refere é aquele que diz respeito ao recolhimento do ICMS, no âmbito estadual, e do ISSQN, no âmbito municipal, podendo albergar também as versões estaduais e municipais do Cadin que contenham tais informações, correspondendo também ao disposto no inciso V do art. 17 da LC nº 123/2006. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido." (REsp 1512925/RS, Rel. Ministro

MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 12/09/2016) RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. VERBA ACRESCIDA ÀQUELES JÁ FXADOS EM PRIMEIRA INSTÂNCIA (ART. 85, § 11, DO NCPC). (TJ-SC - AC: 03011136620178240036 Jaraguá do Sul 030111366.2017.8.24.0036, Relator: Carlos Adilson Silva, Data de Julgamento: 30/01/2018, Primeira Câmara de Direito Público) (negritei)

Ainda, colaciono jurisprudência do STJ sobre a questão:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N° 3 DO STJ. SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL POR AUSÊNCIA DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. HIPÓTESE QUE NÃO CONFIGURA IRREGULARIDADE EM CADASTRO FISCAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 17, XVI, DA LC N° 123/2006. PRECEDENTES. MAJORAÇÃO

DOS HONORÁRIOS A TÍTULO DE SUCUMBÊNCIA RECURSAL. 1. A discussão travada nos autos não é nova no âmbito desta Segunda Turma, a qual já se manifestou, por maioria, nos autos do REsp nº 1.512.925/RS, de minha relatoria, DJe 12.9.2016, no sentido de que a inexistência de alvará de funcionamento não é irregularidade enquadrável no conceito de "irregularidade em cadastro fiscal" para efeito da aplicação do art. 17, XVI, da Lei Complementar 123/2006, pois o "cadastro fiscal" a que se refere é aquele que diz respeito ao recolhimento do ICMS, no âmbito estadual, e do ISSQN, no âmbito municipal. No âmbito federal, a expressão "cadastro fiscal federal" prevista no referido dispositivo se refere à relação de pessoas em situação de suspensão/cancelamento/inaptidão nos cadastros indicados do Ministério da Fazenda (CPF e CGC/CNPJ), informações

constantes do cadastro informativo de créditos não quitados do setor público federal (Cadin), instituído pela Lei nº

10.522/02, que contém também o rol de pessoas físicas e jurídicas responsáveis por obrigações pecuniárias vencidas e não pagas, correspondendo também ao disposto no inciso V do art. 17 da LC nº 123/2006. Nesse sentido: AgInt no REsp 1.581.963/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2016.

2. Recurso especial não provido. (REsp 1632794/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 21/02/2018) (negrito)

Neste aspecto, reputo presente a probabilidade do direito para suspender o ato administrativo que indeferiu a nova adesão da Impetrante ao regime do Simples Nacional, se a exclusão tiver se dado exclusivamente em razão da pendência cadastral municipal existente à época da exclusão e ausente pendência de natureza fiscal (dívida tributária).

Quanto ao perigo de dano, resta consubstanciado no fato de que a Impetrante, por se enquadrar no conceito de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, tem a possibilidade de recolher os tributos de forma simplificada e está tendo que recolher pelo regime do lucro presumido, mais gravoso.

Ante o exposto:

I - **DEFIRO** o pedido liminar para determinar que a Autoridade Coatora efetue a inscrição da Impetrante no Simples Nacional de forma retroativa, desde que não existam pendências fiscais.

Fixo multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais) para o caso de descumprimento da presente decisão.

II - Notifique-se a parte Impetrada para cumprir a presente decisão, bem como apresentar informações em 10 (dez) dias úteis (art. 7º, I, da Lei n. 12.016/09).

III - Cientifique-se do feito o órgão de representação da pessoa jurídica interessada (art. 7º, II, da Lei n. 12.016/09).

IV - Em seguida, dê-se vista ao Ministério Público para emissão de parecer, em 10 (dez) dias úteis, voltando os autos conclusos para sentença (art. 12 da Lei n. 12.016/09).

Juíza de Direito, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico https://eproc1g.tjsc.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=consulta_autenticidade_documentos, mediante o preenchimento do código verificador **310030684914v8** e do código CRC **efc1482d**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): SONIA MARIA MAZZETTO MOROSO TERRES

Data e Hora: 20/7/2022, às 3:38:34

-
1. O título despacho/decisão se refere a lançamento automático do sistema E-proc, tratando-se presente documento de "Decisão Interlocutória". ↵
 2. Art. 5º [...] LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, 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. ↵
 3. 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 exerce". ↵
 4. CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 475. ↵
 5. Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado. ↵
 6. Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o resarcimento à pessoa jurídica. ↵
 7. Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. ↵

5017296-36.2022.8.24.0033

310030684914 .V8