



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 37.569 - CE (2012/0059447-9)

RELATORA : **MINISTRA ELIANA CALMON**
RECORRENTE : CLÍNICA DE ENDOSCOPIA E CIRURGIA DIGESTIVA DR
EDGARD NADRA ARY LTDA - GASTROCLÍNICA
ADVOGADO : RAFAEL SOUZA E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO CEARÁ
PROCURADOR : JOSÉ ANCHIETA SANTOS SOBREIRA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ORDINÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – LEI EM TESE – INADMISSIBILIDADE – ICMS – ENERGIA ELÉTRICA – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COMO PEDIDO – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA ESSENCIALIDADE – ALÍQUOTA – SELETIVIDADE – LEGITIMIDADE – AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. O consumidor, como contribuinte de fato, é parte legítima para discutir da incidência do ICMS sobre os serviços de energia elétrica, na peculiar relação envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor (art.7º da Lei n. 8.987/95). Precedente desta Corte (REsp 1299303/SC, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 14/08/2012).

2. Inviável a impetração de mandado de segurança contra lei em tese (Súmula 266/STF).

3. A declaração de inconstitucionalidade em mandado de segurança não pode figurar como pedido autônomo. Precedentes.

4. Para se aferir ofensa ao Princípio da Seletividade é imprescindível ampla e criteriosa análise das demais incidências e alíquotas previstas na legislação estadual.

5. Em mandado de segurança deve ser a prova pré-constituída, sendo incompatível com a dilação probatória.

6. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

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 "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), sem destaque." Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Dr(a). RAFAEL SOUZA, pela parte RECORRENTE: CLÍNICA DE ENDOSCOPIA E CIRURGIA DIGESTIVA DR EDGARD NADRA ARY LTDA - GASTROCLÍNICA

Brasília-DF, 20 de junho de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRA ELIANA CALMON
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 37.569 - CE (2012/0059447-9)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
RECORRENTE : CLÍNICA DE ENDOSCOPIA E CIRURGIA DIGESTIVA DR
EDGARD NADRA ARY LTDA - GASTROCLÍNICA
ADVOGADO : RAFAEL SOUZA E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO CEARÁ
PROCURADOR : JOSÉ ANCHIETA SANTOS SOBREIRA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: - Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança com fundamento no art. 105, II, “b”, da Constituição Federal, interposto por CLÍNICA DE ENDOSCOPIA E CIRURGIA DIGESTIVA DR EDGARD NADRA ARY LTDA - GASTROCLÍNICA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Ceará, assim ementado (fl. 320)

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. SELETIVIDADE. ESSENCIALIDADE DO SERVIÇO. PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSTO NO ART. 44, INCISO I, ALÍNEA “A” DA LEI ESTADUAL Nº 12.670/96, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 31/2003. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO DA SÚMULA 266 DO STF. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO LIMINAR. JULGAMENTO FINAL DO MANDAMUS. PREJUDICIALIDADE. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

1. A via do mandado de segurança não se compatibiliza com a discussão de lei em tese, em razão do que dispõe a Súmula 266 do STF.

2. A inadequação da via eleita é patente, e portanto, merece extinção sem resolução do mérito. Precedentes deste egrégio Tribunal.

3. Pendente de apreciação pedido de reconsideração da decisão liminar, uma vez que houve julgamento final da lide, restou este prejudicado.

Na origem, a impetrante defendeu, em síntese, que:

a) o estabelecimento da alíquota do ICMS no aporte de 27% sobre a energia elétrica viola o princípio da seletividade, previsto no art. 155, § 2º, II, da Constituição Federal;

b) o fornecimento de energia elétrica é um serviço reputado pela legislação, doutrina e jurisprudência como essencial;

c) o serviço médico hospitalar que exerce tem natureza essencial e, por esta razão, merece ser agraciado com a técnica da seletividade no tocante ao consumo da energia elétrica;

d) a Lei estadual n. 12.670/96, que versa sobre o ICMS no estado do Ceará, especificamente pela previsão de seu art. 44, inc. I, encontra-se eivada de inconstitucionalidade, pois, no seu entender, deveria prevalecer a alíquota de 17% sobre o fornecimento de energia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elétrica, ou, alternativamente, uma redução na base de cálculo do imposto, nos termos do art. 43-A desta lei, sob pena de ofensa ao princípio da seletividade;

f) tem legitimidade ativa *ad causam*, pelo fato se encontrar na qualidade de sujeito passivo de direito e de fato, segundo a jurisprudência do STJ em casos semelhantes.

O Tribunal de origem denegou a segurança, ao fundamento de inadequação da via eleita, uma vez que "a via do mandado de segurança não se compatibiliza com a discussão de lei em tese, em razão do que dispõe a Súmula 266 do STF" (fls. e-STJ 434/441).

No presente recurso ordinário, a recorrente sustenta, em síntese, que (fls. e-STJ 450/492):

a) o consumidor de energia elétrica tem legitimidade para questionar a incidência do ICMS;

b) o pedido formulado no mandado de segurança pressupõe a declaração de inconstitucionalidade em sede controle de difuso e em caráter incidental;

c) o ato da autoridade foi identificado e consiste na resposta negativa do Secretário da Fazenda ao pedido formulado em procedimento de consulta, não havendo combate de lei em tese, e sim de decisão administrativa;

d) os serviços de saúde são considerados "serviços essenciais" pela legislação infraconstitucional e de relevância pública;

e) a aplicação da alíquota de ICMS no aporte de 27% sobre o consumo de energia elétrica fere o princípio da seletividade previsto na Constituição Federal; e

f) existe alíquota padrão de ICMS sobre energia elétrica, à ordem de 17%, de forma que o pedido para cessar a aplicação da alíquota específica de 27% implicaria apenas na aplicação da alíquota geral, não havendo determinação de alíquota pelo Poder Judiciário.

Contrarrazões ao recurso ordinário às fls. e-STJ 506/532.

Subiram os autos, admitido o recurso ordinário na origem (fl. e-STJ 615).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 37.569 - CE (2012/0059447-9)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
RECORRENTE : CLÍNICA DE ENDOSCOPIA E CIRURGIA DIGESTIVA DR
EDGARD NADRA ARY LTDA - GASTROCLÍNICA
ADVOGADO : RAFAEL SOUZA E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO CEARÁ
PROCURADOR : JOSÉ ANCHIETA SANTOS SOBREIRA E OUTRO(S)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (RELATORA): A impetrante é pessoa jurídica de direito privado, tendo como objetivo social a prestação de serviços médicos hospitalares, de hotelaria e hospedagem hospitalar, utilizando-se, no exercício desta atividade, de energia elétrica fornecida pela respectiva concessionária, sobre a qual o Estado do Ceará faz incidir uma alíquota de 27%.

Pretende a declaração do direito à incidência do ICMS sobre a energia elétrica no aporte de 17% e não 27%, alegando que a alíquota praticada pelo Estado do Ceará é inconstitucional, pois viola o princípio da seletividade, previsto no art. 155, § 2º, II, da Constituição Federal.

O Tribunal local denegou a segurança sob o fundamento de inadequação da via eleita, uma vez que "a via do mandado não se compatibiliza com a discussão de lei em tese, em razão do que dispõe a Súmula 266 do STF" (fls. e-STJ 434/435).

No presente recurso ordinário, a impetrante busca a reforma da decisão do Tribunal de origem, defendendo, em síntese, que:

- a) o consumidor de energia elétrica tem legitimidade para questionar a incidência do ICMS, conforme jurisprudência do STJ;
- b) o pedido formulado no mandado de segurança pressupõe a declaração de inconstitucionalidade em sede controle de difuso e em caráter incidental;
- c) o ato da autoridade foi identificado, não havendo combate de lei em tese, e sim de decisão administrativa;
- d) os serviços de saúde são considerados "serviços essenciais" pela legislação infraconstitucional e de relevância pública;
- e) a aplicação da alíquota de ICMS no aporte de 27% sobre o consumo de energia elétrica fere o princípio da seletividade previsto na Constituição Federal; e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

f) existe alíquota padrão de ICMS sobre energia elétrica, à ordem de 17%, de forma que o pedido para cessar a aplicação da alíquota específica de 27% implicaria apenas na aplicação da alíquota geral, não havendo determinação de alíquota pelo Poder Judiciário.

Verifica-se da petição do mandado de segurança que busca a parte recorrente ordem jurisdicional que determine a aplicação da carga tributária sobre o fornecimento de energia elétrica equivalente àquela dispensada aos produtos da cesta básica (3,4%), ou alternativamente, à alíquota padrão (17%), julgando inconstitucional a aplicação de alíquota de 27% (fl. e-STJ 68).

Fundamenta seu pedido na inconstitucionalidade da legislação estadual que estabelece a alíquota de 27% para operações e prestações internas com energia elétrica, sob o fundamento de que o estabelecimento da referida alíquota viola o princípio constitucional da seletividade.

Preliminarmente, em relação à legitimidade ativa **especificamente do consumidor de energia elétrica**, a Primeira Seção desta Corte, em recurso julgado sob a sistemática do art. 543-C, do CPC, pacificou o entendimento no sentido de que, diante do disposto na legislação disciplinadora das concessões de serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor, tem esse último legitimidade processual para questionar a incidência do ICMS sobre a energia elétrica, com fundamento no art. 7º, II, da Lei n. 8.987/95, não obstante as disposições do art. 166 do CTN, que veicula regra geral de legitimidade apenas ao contribuinte de direito. Confira-se:

RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA "CONTRATADA E NÃO UTILIZADA". LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR PARA PROPOR AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO.

- Diante do que dispõe a legislação que disciplina as concessões de serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor, esse último tem legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada.

- O acórdão proferido no REsp 903.394/AL (repetitivo), da Primeira Seção, Ministro Luiz Fux, DJe de 26.4.2010, dizendo respeito a distribuidores de bebidas, não se aplica ao casos de fornecimento de energia elétrica.

Recurso especial improvido. Acórdão proferido sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil.

(REsp 1299303/SC, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 14/08/2012)

Por oportuno, dada a relevância do tema, transcrevem-se abaixo trechos da manifestação do relator desse acórdão:

"Esclareço, desde logo, que deve ser examinada com profundidade a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

questão da legitimidade ativa quando se cuidar de serviço público objeto de concessão – energia elétrica –, tendo em vista que o acórdão (repetitivo) proferido no REsp 903.394/AL, da Primeira Seção, Ministro Luiz Fux, DJe de 26.4.2010, dizendo respeito a distribuidores de bebidas, *data venia*, não se aplica ao caso presente, conforme demonstrarei a seguir, havendo legislação específica que deve ser também interpretada.

Por outro lado, tenho consciência de que a Primeira e a Segunda Turmas e a Primeira Seção possuem vários julgados estendendo às hipóteses de fornecimento de energia elétrica a mesma orientação adotada no REsp 903.394/AL (repetitivo). Com isso, vem este Tribunal Superior impedindo que o consumidor de energia elétrica ajuíze demandas discutindo temas relacionados ao recolhimento do ICMS, o que, na minha compreensão, revela-se perverso diante das normas em vigor pertinentes às concessionárias de serviço público, braços fortes do Estado.

Pois bem, no acórdão repetitivo mencionado (REsp 903.394/AL), decidiu a Primeira Seção que "o 'contribuinte de fato' (*in casu*, distribuidora de bebida) não detém legitimidade ativa *ad causam* para pleitear a restituição do indébito relativo ao IPI incidente sobre os descontos incondicionais, recolhido pelo 'contribuinte de direito' (fabricante de bebida), por não integrar a relação jurídica tributária pertinente". Essa orientação decorreu da interpretação, sobretudo, dos artigos 121, 123, 165 e 166 do Código Tributário Nacional, concluindo-se que "o condicionamento do exercício do direito subjetivo do contribuinte que pagou tributo indevido (contribuinte de direito) à comprovação de que não procedera à repercussão econômica do tributo ou à apresentação de autoridade do 'contribuinte de fato' (pessoa que sofreu a incidência econômica do tributo) não possui o condão de transformar sujeito alheio à relação jurídica tributária em parte legítima na ação de repetição de indébito".

[...]

Ocorre que, no caso dos serviços prestados pelas concessionárias de serviço público, a identificação do "contribuinte de fato" e do "contribuinte de direito" deve ser enfrentada à luz, também, das normas pertinentes às concessões, que revelam uma relação ímpar envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor. Os dois primeiros, observo, ao longo de toda a exploração do serviço de fornecimento de energia elétrica, de competência da União (art. 21, inciso XII, alínea "b", da CF/88), trabalham em conjunto, estando a concessionária em uma posição de quase total submissão, sob pena de rescisão do contrato de concessão na hipótese de desrespeito a alguma diretriz, política pública, projeto ou norma imposta pelo Estado-concedente. Politicamente, portanto, nas relações contratuais em geral estabelecidas com o poder público, a concessionária sempre evitará embates desgastantes e que gerem prejuízos aos serviços ou aos interesses públicos.

[...]

Sem dúvida, no caso das concessionárias do serviço público, diante de tudo o que foi dito acima, entendo que a legitimidade do consumidor final permanece. Decidir de forma diversa impede qualquer discussão, por exemplo, sobre a ilegalidade – já reconhecida neste Tribunal Superior – da incidência do ICMS sobre a demanda "contratada e não utilizada", contrariando as normas que disciplinam as relações envolvidas nas concessões de serviço público. Isso porque, volto a afirmar, em casos como o presente, inexistente conflito de interesses entre a Fazenda Pública, titular do tributo, e as concessionárias, que apenas repassam o custo tributário à tarifa por força do art. 9º, §§ 2º e 3º, da Lei n. 8.987/1995.

Também reitero a norma do art. 7º, inciso II, da Lei n. 8.987/1995, igualmente reproduzida, que garante ao usuário do serviço público o direito de defender os seus interesses diante do Estado-concedente e da concessionária, preservando os princípios da ampla defesa e do acesso ao Poder Judiciário.

Com efeito, apesar de o art. 166 do Código Tributário Nacional conferir, em regra geral, ao contribuinte de direito a legitimidade para exigir, judicialmente, a restituição do imposto indevido, não fica afastada a norma específica do art. 7º, inciso II, da Lei n. 8.987/1995, a qual, na minha compreensão, confere a legitimidade ativa ao usuário



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da energia elétrica.

[...]

Reforço, aqui, a idéia de que, no campo do fornecimento de energia elétrica, inexistente ou praticamente inexistente concorrência capaz de impor à concessionária atitudes no sentido de defender o interesse do consumidor."

Assim, **no caso particular dos autos**, reconhece-se a legitimidade ativa da ora recorrente.

Passo ao exame da tese de mérito.

O pedido da recorrente é no sentido de que seja reconhecido o direito à aplicação da carga tributária sobre o fornecimento de energia elétrica equivalente àquela dispensada aos produtos da cesta básica (3,4%), ou alternativamente, à alíquota padrão (17%), **julgando inconstitucional a aplicação de alíquota de 27% (fl. e-STJ 68), com fundamento do princípio da seletividade previsto no art. 155, § 2º, II, da Constituição Federal.**

Inicialmente há de se analisar se de fato o mandado de segurança se dirige contra lei em tese.

Colhe-se da petição inicial do mandado de segurança e da petição recursal que o impetrante aponta como ato coator simples parecer emitido pela Secretaria da Fazenda do Estado do CEARÁ em consulta por ele formulado (fls. 6, 79/93, 94/97, 452, 454/455).

Transcrevo excerto da petição recursal, *in verbis* (fl. 456):

Ou seja, o ato ilegal e abusivo está materializado na resposta à consulta, a qual frustra um direito constitucionalmente garantido à tributação diferenciada para atividades essenciais - que deve ocorrer quando o Estado pratica a seletividade.

Registre-se que o citado parecer respondeu a perguntas genéricas formuladas pela recorrente, consistente em:

a) É possível aplicar-se o Princípio da Essencialidade com redução da alíquota ou redução da base de cálculo para o fornecimento de energia dedicado à prestação de serviço hospitalar? b) A redução da carga tributária poderá implicar em ressarcimento do tributo pago sob a alíquota máxima nas competências anteriores? (fl. 92).

Atendendo à consulta, a Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará apresentou parecer de conteúdo normativo e genérico, conforme se constata do trecho a seguir transcrito:

Por conseguinte, respondendo diretamente às questões formuladas esclarecemos que o princípio da seletividade dos tributos previsto na Carta Magna, como afirmamos acima, no caso do ICMS é apenas uma possibilidade, uma faculdade. No caso da energia elétrica, o Estado do Ceará optou por não aplicá-lo, em face da política tributária adotada, não sendo essa medida uma violação das disposições constitucionais. Quanto à segunda pergunta, ainda que o Estado resolvesse diminuir a carga tributária incidente sobre a energia elétrica - medida que não pretende implementar, ressaltamos -, não haveria o direito de ressarcimento do imposto pago em exercícios anteriores, visto que a cobrança



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

está prevista em lei.

(fl. 97)

Verifica-se, portanto, que o referido parecer apontado como ato coator não tem o condão de produzir efeitos na esfera jurídica do impetrante, eis que mera consulta **sem indicação de vinculação ao seu caso concreto**.

Nesse sentido:

RMS. MANDADO DE SEGURANÇA. PARECER NORMATIVO. CONTEÚDO GENÉRICO. LEI EM TESE. SÚMULA 266-STF.

1. O ato estatal, consubstanciado na adoção de parecer técnico, de conteúdo normativo e genérico, balizando a atuação dos órgãos da Administração Pública acerca de determinada matéria, na aplicação do direito objetivo, em princípio, pela ausência de lesão a direito legalmente tutelado, não se submete ao controle do mandado de segurança, porquanto caracteriza-se como lei em tese, atraindo a censura da súmula 266, do Supremo Tribunal Federal.

2. RMS improvido.

(RMS 11317/CE, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2001, DJ 04/02/2002, p. 546)

Com isso, verifica-se que, de fato, nos termos constante na petição recursal e na inicial (fl. 6), o mandado de segurança se dirige contra ato que não atingiu a esfera individual de direitos do impetrante, por se consistir em parecer técnico de conteúdo genérico, o que atrai, por analogia, a incidência da Súmula 266/STF.

Ainda que superado tal óbice, verifica-se da petição inicial do mandado de segurança que busca o impetrante a declaração de inconstitucionalidade da aplicação da alíquota de 27%.

Transcrevo excerto dos pedidos constantes da petição inicial para melhor esclarecimento:

(...)

e3) determinar a aplicação da carga tributária equivalente àquela dispensada à cesta básica (3,4%), ou alternativamente, à alíquota padrão (17%), julgando inconstitucional a aplicação de alíquota de 27%, considerando a diretriz posta na Súmula Vinculante nº 10 do STF;

e3.1) para esse fim, que eventual recurso seja submetido ao Plenário ou Órgão Especial, na forma do artigo 97 da CF e Súmula Vinculante nº 10 do STF;

(fl. 68)

Na petição recursal sustenta que a declaração de inconstitucionalidade é apenas instrumental ao pedido final posto na inicial (fl. 458). No entanto, a seguir defende:

É possível a adequação do custo do ICMS em energia elétrica consumida por hospitais, **desde que se peça apenas a declaração de inconstitucionalidade da norma que fere o princípio da seletividade** - caso em que restaria a vigência da alíquota padrão, em tributação normal, com base em legislação já existente.

(fl.471)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, verifica-se que diversamente do alegado pela recorrente, há nos autos pedido autônomo de declaração de inconstitucionalidade, embora trajado de "incidental", pois ataca o próprio ato normativo ao fundamento de inconstitucionalidade da alíquota, o que é incabível em sede de mandado de segurança.

Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO - ICMS - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - RECONHECIMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA CONSTANTE DE REGULAMENTO DO ICMS - CAUSA DE PEDIR - VIA ADEQUADA - POSSIBILIDADE - NULIDADE DO ACÓRDÃO NO PONTO - RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.

1. É possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, em mandado de segurança, de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, **desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal.**

2. Retorno dos autos à origem para apreciação da questão não debatida, sob pena de supressão de instância.

3. Recurso ordinário provido para anular o acórdão dos embargos de declaração.

(RMS 31707/MT, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 23/11/2012).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE ATO CONCRETO. INSURGÊNCIA CONTRA LEI EM TESE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 266/STF, POR ANALOGIA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O recorrente não logrou êxito em demonstrar qualquer direito líquido e certo que amparasse sua pretensão, razão pela qual fica mantida, na íntegra, a decisão ora agravada.

2. É possível, na via do mandado de segurança, invocar inconstitucionalidade de lei, desde que pertencente à fundamentação da segurança pretendida pelo impetrante. Entretanto, tal declaração de inconstitucionalidade não pode ser o objeto do writ, ante a inadequação da via eleita para esta finalidade.

3. Verifica-se que a impetrante não se insurge contra qualquer ato concreto supostamente violador de direito líquido e certo, que enseje ou justifique a pretensão exposta no mandamus.

4. Deve ser obstada a presente irresignação, porquanto a via do mandado de segurança não admite a alegação de violação de lei em tese, nos termos da Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal, que se aplica ao caso, por analogia, **tampouco se configura adequada para a declaração de inconstitucionalidade pretendida, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.**

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no RMS 36.896/PA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 24/10/2012)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ALÍQUOTA DE 25%. ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. DECRETO ESTADUAL N. 27.427/00. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 266/STF. RECURSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. Trata-se, na origem, de mandado de segurança impetrado contra o Secretário Estadual da Fazenda do Rio de Janeiro, visando a declaração de inconstitucionalidade dos incisos VI, n. 2 e VIII, n.7, do art. 14, do Decreto n. 27.427/00, ao fundamento de que a alíquota de 25% do ICMS incidente nas operações relativas à aquisição de energia elétrica e serviços de telecomunicações fere os princípios da seletividade e essencialidade.

2. Nas razões do apelo especial, a Fazenda Estadual alega inviabilidade de impetração de mandamus contra lei em tese; ilegitimidade passiva e ativa das partes e violação dos arts. 535, 480 e 481 do CPC.

3. No pertinente a impetração de ação mandamental contra lei em tese, **a jurisprudência desta Corte Superior embora reconheça a possibilidade de mandado de segurança invocar a inconstitucionalidade da norma como fundamento para o pedido, não admite que a declaração de inconstitucionalidade, constitua, ela própria, pedido autônomo, tal como aqui formulado na inicial.** Precedentes: RMS 21.271/PA, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 11/9/2006; RMS 32.022/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 20/08/2010; AgRg no REsp 855.223/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 04/05/2010; RMS 24.719/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe de 6/8/2009.

4. Assim, à míngua de pedido expresso a respeito da declaração de inconstitucionalidade do ato apontado como coator, deve prevalecer o entendimento de que o presente mandado de segurança voltando-se contra lei em tese, o que é obstado pelo entendimento da Súmula n. 266 do STF. Prejudicadas as demais questões suscitadas.

5. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido a regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

6. Recurso especial provido.

(REsp 1119872/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/10/2010, DJe 20/10/2010)

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO: INVIABILIDADE. IMPROPRIEDADE DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA MODIFICAR ATO NORMATIVO OU DEMANDAR EFEITOS FINANCEIROS PRETÉRITOS.

1. A chamada "teoria da encampação" não pode ser invocada quando a autoridade apontada como coatora (e que "encampa" o ato atacado), seja hierarquicamente subordinada da que deveria, legitimamente, figurar no processo. Não se pode ter por eficaz, juridicamente, qualquer "encampação" (que melhor poderia ser qualificada como usurpação) de competência superior por autoridade hierarquicamente inferior.

2. Não cabe mandado de segurança objetivando, sob fundamento de inconstitucionalidade, substituir por percentual menor as alíquotas de ICMS fixadas em ato normativo (decreto estadual). A sentença que atendesse a tal pedido produziria efeitos semelhantes ao da procedência de ação direta de inconstitucionalidade, e, mais ainda, transformaria o Judiciário em legislador positivo.

3. Não cabe mandado de segurança para obter, ainda que indiretamente, a repetição de indébito tributário.

4. Recurso ordinário improvido.

(RMS 21271/PA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/08/2006, DJ 11/09/2006, p. 228)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. FIXAÇÃO DE ALÍQUOTA. PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE. PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 266/STF. ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO COMO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LEGISLADOR POSITIVO. IMPOSSIBILIDADE. DESCABIMENTO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. EFEITOS FINANCEIROS PRETÉRITOS. IMPROPRIEDADE DA VIA MANDAMENTAL. SÚMULAS 269 E 271/STF. RECURSO DESPROVIDO.

1. O pedido formulado no mandado de segurança, e reiterado nesta sede recursal, consiste na declaração de inconstitucionalidade do disposto nos incisos III e IV do artigo 71 do Decreto Estadual 1.090/2002, que prevêem a incidência de alíquota de vinte e cinco por cento (25%) sobre o fornecimento de energia elétrica e os serviços de comunicação. Todavia, consoante reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a via do mandado de segurança não se compatibiliza com a discussão de lei em tese, em razão do que dispõe a Súmula 266/STF, mormente quando haja alegação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo como pedido autônomo, conforme ocorreu na hipótese em exame.

2. Nessa linha de entendimento, o Ministro Teori Albino Zavascki, no voto condutor do acórdão proferido no RMS 21.271/PA, consignou, em síntese, que "atacando o próprio ato normativo, ao fundamento de sua inconstitucionalidade, a impetrante deduz pretensão que, se atendida, produziria efeitos semelhantes aos que decorreriam de sentença de procedência em ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, efeitos, não apenas para a situação concreta e sim 'erga omnes', atingindo todas as demais situações possíveis de ser alcançadas pelo Decreto atacado. Embora se admita, em mandado de segurança, invocar a inconstitucionalidade da norma como fundamento para um pedido (= controle incidental de constitucionalidade), nele não se admite que a declaração de inconstitucionalidade (ainda que sob pretexto de ser incidental), constitua, ela própria, um pedido autônomo, tal como aqui formulado na inicial" (1ª Turma, DJ de 11.9.2006).

3. O recorrente também deduz pedido no sentido de que, além da inconstitucionalidade das alíquotas fixadas pelo referido Decreto estadual, seja, desde logo, fixada nova alíquota, no percentual de doze por cento (12%). No entanto, essa postulação é indevida, na medida em que é vedado ao Poder Judiciário, no julgamento da lide, atuar como legislador positivo, principalmente em sede de controle de constitucionalidade.

4. O mandado de segurança não é a via adequada para se pleitear a produção de efeitos patrimoniais pretéritos, nos termos da Súmula 271/STF: "Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria". Ademais, "o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança" (Súmula 269/STF), sendo certo, portanto, que a via mandamental não comporta a devolução de valor pago indevidamente.

5. Recurso ordinário desprovido. (RMS 20676/ES, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2007, DJ 20/09/2007, p. 220)

No tocante à questão de mérito debatida nos autos, a jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que para se aferir ofensa ao Princípio da Seletividade é imprescindível ampla e criteriosa análise das demais incidências e alíquotas previstas na legislação estadual, o que é incompatível com a via estreita do mandado de segurança, uma vez que tal análise demanda dilação probatória. Destacou-se, também, que a essencialidade do bem somente poderia ser aferida pelo critério de comparação com as demais mercadorias e serviços sujeitos à mesma tributação.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - ICMS - ENERGIA ELÉTRICA - PRINCÍPIO DA ESSENCIALIDADE -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ALÍQUOTA - SELETIVIDADE - AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. Para se aferir ofensa ao Princípio da Seletividade é imprescindível ampla e criteriosa análise das demais incidências e alíquotas previstas na legislação estadual.

2. Em mandado de segurança deve ser a prova pré-constituída, sendo incompatível dilação probatória.

3. Inaplicável na hipótese o entendimento firmado no recurso representativo de controvérsia REsp 1119872/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/10/2010, DJe 20/10/2010. Aqui a alegação de inconstitucionalidade da legislação estadual não é pedido autônomo, mas causa de pedir da ação mandamental.

4. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido. (RMS 34560/RN, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe 29/05/2013)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA E TELECOMUNICAÇÕES. IMPUGNAÇÃO DA ALÍQUOTA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO ESTADUAL, EM FACE DO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA APRESENTADO PELO USUÁRIO DO SERVIÇO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.

1. (...)

2. Ademais, ainda que superado o óbice acima mencionado, **esta Turma já se manifestou no sentido de que "a seletividade conforme a essencialidade do bem somente poderia ser aferida pelo critério de comparação", de modo que, "embora seja inequívoca a importância da energia elétrica e dos serviços de comunicação, a violação da seletividade não ficou demonstrada", pois "não há como aferir ofensa ao Princípio da Seletividade sem ampla e criteriosa análise das demais incidências e alíquotas previstas na legislação estadual"**, sendo que "esse estudo não foi apresentado com a inicial e, mesmo que fosse, a controvérsia a respeito demandaria dilação probatória adicional, o que é incompatível com o rito do mandamus" (RMS 28.227/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 20.4.2009; RMS 32.425/ES, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 4.3.2011).

3. Além disso, cumpre registrar que a Primeira Seção/STJ, ao apreciar o REsp 1.119.872/RJ (Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 20.10.2010 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ), pacificou entendimento no sentido de que, em sede de mandado de segurança, não é possível suscitar a inconstitucionalidade da legislação estadual que fixa a alíquota do ICMS incidente sobre serviços de energia elétrica e telecomunicações em 25%, por suposta ofensa ao princípio da seletividade, em virtude do óbice contido na Súmula 266/STF, in verbis: "Não cabe mandado de segurança contra lei em tese".

4. Recurso ordinário não provido. (RMS 29.428/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/05/2011, DJe 31/05/2011)

TRIBUTÁRIO. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE. NECESSÁRIA DILAÇÃO PROBATÓRIA. PRECEDENTES.

1. **Em mandado de segurança, é inviável a declaração de inconstitucionalidade de norma estadual que aplica a alíquota de 25% sobre a energia elétrica fornecida, sob o fundamento de que fere o princípio da seletividade.**

2. **Conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, tal análise demanda dilação probatória, o que é defeso na via excepcional do mandado de segurança.**

3. Precedente: RMS 28.227/GO, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24.3.2009, DJe 20.4.2009.

4. Ademais, ainda que sob o argumento de que a declaração de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inconstitucionalidade é incidental, na prática pretende a recorrente a declaração de inconstitucionalidade da norma estadual pela via transversa do mandado de segurança, o que não é permitido.

5. Precedente: RMS 22.398/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 18.11.2008, DJe 17.12.2008, grifei.

Agravo regimental improvido. (AgRg nos EDcl no RMS 30.008/BA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 09/11/2010)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA E COMUNICAÇÃO. ALÍQUOTA. SELETIVIDADE CONFORME ESSENCIALIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE. WRIT CONTRA LEI EM TESE. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.

1. Hipótese em que a recorrente impetrou Mandado de Segurança preventivo contra a exigência de ICMS sobre serviços de comunicação e de fornecimento de energia elétrica. Argumenta que a alíquota fixada em 29% pela legislação goiana viola o Princípio da Seletividade, de fundo constitucional, conforme a essencialidade da mercadoria e do serviço.

2. O cerne do pleito mandamental refere-se à declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual.

3. Há, em tese, efeitos concretos advindos da referida declaração de inconstitucionalidade, uma vez que a impetrante é contribuinte "de fato" do ICMS na qualidade de adquirente dos serviços tributados. No entanto, toda a demanda concentra-se no afastamento geral e irrestrito da legislação que fixou a alíquota em 29%, com efeitos ilimitados para o futuro.

4. O impetrante pleiteia a inaplicabilidade de qualquer outra norma legal que fixe alíquotas acima do percentual básico, e não apenas aquela apontada em seu arrazoadado.

5. Inviável o sucesso da demanda, por se tratar não apenas de writ contra lei em tese (Súmula 266/STF), mas também de pleito que redundaria em imunidade contra qualquer norma estadual relativa à matéria.

6. Ainda que se ultrapasse o óbice da Súmula 266/STF, não houve prova pré-constituída do suposto direito violado.

7. A Constituição Federal dispõe que o ICMS "poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços" (art. 155, § 2º, III – grifei). Diferentemente, no caso do IPI a CF determina que "será seletivo, em função da essencialidade do produto" (art. 153, § 3º, I, da CF – grifei).

8. Não há dúvida de que o legislador estadual não pode simplesmente desconsiderar a norma prevista no art. 155, § 2º, III, da CF, por conta da potestatividade inerente à expressão "poderá ser seletivo". No entanto, há que reconhecer que é determinação que dá ao legislador margem mais ampla de decisão que a expressão "deverá ser seletivo", reservada apenas ao IPI.

9. Essa constatação restringe a atuação do Judiciário a hipóteses inequívocas de violação do Princípio da Seletividade, que não é o caso dos autos.

10. Para que o pleito formulado pelo impetrante pudesse ser apreciado pelo Judiciário, seria necessário que, por algum meio de prova, o interessado demonstrasse peremptoriamente a incompatibilidade da norma estadual com a determinação constitucional. Mais: essa prova, no caso do Mandado de Segurança, deveria ser pré-constituída.

11. A seletividade conforme a essencialidade do bem somente poderia ser aferida pelo critério de comparação. Embora seja inequívoca a importância da energia elétrica e dos serviços de comunicação, a violação da seletividade não ficou demonstrada.

12. O impetrante apenas argumenta que a alíquota de 29% seria inadequada para a hipótese. **Não há como aferir ofensa ao Princípio da Seletividade sem ampla e criteriosa análise das demais incidências e alíquotas previstas na legislação**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estadual. Esse estudo não foi apresentado com a inicial e, mesmo que fosse, a controvérsia a respeito demandaria dilação probatória adicional, o que é incompatível com o rito do mandamus.

13. Recurso Ordinário não provido. (RMS 28227/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/03/2009, DJe 20/04/2009, grifo nosso)

Com essas considerações, nego provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2012/0059447-9 PROCESSO ELETRÔNICO RMS 37.569 / CE

Número Origem: 1439106200980600000

PAUTA: 20/06/2013

JULGADO: 20/06/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ CARLOS PIMENTA**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CLÍNICA DE ENDOSCOPIA E CIRURGIA DIGESTIVA DR EDGARD NADRA
ARY LTDA - GASTROCLÍNICA
ADVOGADO : RAFAEL SOUZA E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO CEARÁ
PROCURADOR : JOSÉ ANCHIETA SANTOS SOBREIRA E OUTRO(S)

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **RAFAEL SOUZA**, pela parte RECORRENTE: CLÍNICA DE ENDOSCOPIA E CIRURGIA DIGESTIVA DR EDGARD NADRA ARY LTDA - GASTROCLÍNICA

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, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), sem destaque."

Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.