



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 39.219 - RJ (2012/0208706-0)

RELATORA : **MINISTRA ELIANA CALMON**
RECORRENTE : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ASSESSORIA E PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO FISCAL E PROTEÇÃO AOS DIREITOS DO CONSUMIDOR E DO CONTRIBUINTE - ABAPLAT
ADVOGADOS : AURÉLIO ROCHA DOS SANTOS E OUTRO(S)
DIOGO MARCUS LEIBÃO SALLES
RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : FABIANA ANDRADA DO AMARAL RUDGE BRAGA E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – AUSÊNCIA DE PROVA PRECONSTITUÍDA – INDEFERIMENTO DA INICIAL – MANUTENÇÃO – RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O mandado de segurança demanda demonstração inequívoca do direito líquido e certo invocado, mediante prova preconstituída.
2. Ausente tal requisito, adequada a denegação da segurança.
3. Recurso ordinário 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, Herman Benjamin (Presidente) e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Dr(a). MARCELO ROCHA DE MELLO MARTINS (Procurador do Estado do Rio de Janeiro representando o próprio Estado do Rio de Janeiro), pela parte RECORRIDA: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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

MINISTRA ELIANA CALMON
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 39.219 - RJ (2012/0208706-0)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
RECORRENTE : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ASSESSORIA E PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO FISCAL E PROTEÇÃO AOS DIREITOS DO CONSUMIDOR E DO CONTRIBUINTE - ABAPLAT
ADVOGADOS : AURÉLIO ROCHA DOS SANTOS E OUTRO(S)
DIOGO MARCUS LEIBÃO SALLES
RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : FABIANA ANDRADA DO AMARAL RUDGE BRAGA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relator): Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto contra acórdão que, em sede de agravo regimental, manteve decisão monocrática anterior que indeferiu a inicial do mandamus (fls. 80/82). A decisão recebeu a seguinte ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. CONVENIO Nº 09/2007. AUSÊNCIA DE NEGATIVA DE ISENÇÃO DO ICMS PELA AUTORIDADE INDICADA COMO COATORA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 10º DA LEI Nº 12.016/2009. INDEFERIMENTO DA INICIAL.

O agravo regimental foi ementado como segue (fls. 99):

AGRAVO COM PREVISÃO NO §1º DO ARTIGO 10 DA LEI 12.016/09. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. CONVÊNIO Nº 09/2007. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA NEGATIVA DE ISENÇÃO DO ICMS PELA AUTORIDADE INDICADA COMO COATORA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 10 DA LEI 12.016/09. INDEFERIMENTO DA INICIAL. AUSÊNCIA DE ARGUMENTO CAPAZ DE INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA.

Insurge-se o recorrente narrando ter impetrado mandado de segurança coletivo em defesa de seus associados a quem caberia o direito líquido e certo de fazerem jus aos benefícios fiscais em matéria de ICMS estabelecidos pelo Convênio ICMS nº 09, de 30.03.2007, no que tange à isenção sobre as operações comerciais que realizam, por se tratarem de operações internas, interestaduais e de importação de medicamentos destinados a pesquisas que envolvam seres humanos. Pontua que o mandamus teve sua inicial indeferida ao fundamento de ausência de prova da postulação administrativa do benefício.

Argumenta ser inconstitucional o entendimento do Tribunal de origem por configurar limitação à garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Aduz não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

haver norma constitucional exigindo o esgotamento da via administrativa, sendo o recurso administrativo uma opção do administrado. Sustenta que o recurso administrativo só tem o condão de interferir na possibilidade de impetração de mandado de segurança quando tiver efeito suspensivo.

Pontua restarem preenchidos os requisitos autorizadores do benefício previsto no Convênio, esclarecendo que seus associados constituem o crédito tributário mediante autolancamento.

Advoga que a mera análise dos documentos juntados aos autos demonstra a existência de associados seus que não se beneficiam do Convênio ICMS nº 09 Confaz e, conseqüentemente, deixam de fruir da isenção do tributo nas operações internas e interestaduais e na importação de medicamentos e equipamentos destinados a pesquisas que envolvam seres humanos.

Pugna pela reforma do acórdão recorrido, concedendo-se a segurança.

O Estado do Rio de Janeiro, na primeira vez em que foi chamado a se manifestar nos autos, contrariou o recurso (fls. 141/151). Aponta que a inicial foi indeferida por ausência de prova pré-constituída do direito invocado e não por exigência de esgotamento da via administrativa, devendo o acórdão ser mantido por realmente não haver nos autos qualquer documento que comprove o preenchimento dos requisitos legais.

Sustentou ilegitimidade ativa da recorrente, que não demonstrou estar constituída há pelo menos um ano e atuar em defesa dos interesses dos seus membros ou associados. Pontuou, ainda, não ser possível delimitar quais seriam os associados da impetrante.

Advogou, ainda, que o mandado de segurança está sendo usado como sucedâneo de ação de cobrança, em violação às súmulas 269 e 271 do STF.

O parecer do Ministério Público Federal, opinando pelo não provimento do recurso (fls. 163/170), foi assim ementado:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO, ICMS, AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. PARECER PELO CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 39.219 - RJ (2012/0208706-0)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
RECORRENTE : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ASSESSORIA E PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO FISCAL E PROTEÇÃO AOS DIREITOS DO CONSUMIDOR E DO CONTRIBUINTE - ABAPLAT
ADVOGADOS : AURÉLIO ROCHA DOS SANTOS E OUTRO(S)
DIOGO MARCUS LEIBÃO SALLES
RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : FABIANA ANDRADA DO AMARAL RUDGE BRAGA E OUTRO(S)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relator): Tem-se, na origem, mandado de segurança impetrado pela ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ASSESSORIA E PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO, FISCAL E PROTEÇÃO AOS DIREITOS DO CONSUMIDOR E DO CONTRIBUINTE – ABAPLAT questionando a ausência de concessão, pelo ESTADO DO RIO DE JANEIRO, de benefício tributário relacionado a ICMS e decorrente do Convênio ICMS nº 09/2007, estabelecido no âmbito do Confaz.

A inicial sustentava o direito líquido e certo ao benefício e postulava restituição, via compensação, dos valores pagos ilegalmente desde que estabelecido o convênio.

O mandamus teve a inicial indeferida (fls. 80/82). Consignou-se na decisão monocrática que a aqui recorrente não teria apresentado protocolo de requerimento administrativo do benefício, não demonstrando, assim, qualquer restrição a seu direito. Considerou-se, ainda, a ausência de prova preconstituída do direito invocado.

A decisão foi mantida pelo colegiado (agravo regimental – fls. 98/101), ensejando o presente recurso.

A despeito dos argumentos recursais tecidos, não vislumbro outra possibilidade que não a denegação da segurança. Ainda que superado o óbice representado pela exigência do prévio acesso à via administrativa, não há prova preconstituída do quanto alegado.

Leitura atenta da inicial e dos documentos que a acompanham permite afirmar que os objetivos da associação recorrente são tão amplos (fls. 31) que é inviável conhecer seus associados ou perquirir a quem a ordem buscada beneficiaria. A própria recorrente menciona, na exordial, que “*alguns dos [seus] associados*” (fls. 14, grifei) se enquadrariam na hipótese prevista no convênio já mencionado, fazendo, pois, jus ao benefício relacionado ao ICMS pleiteado. Mas não os identifica.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, fez-se juntar aos autos, a título de documentos comprobatórios do direito invocado, notas fiscais de uma única empresa nas quais se destaca o ICMS (fls. 50/51) e documentos de arrecadação fiscal relacionados a essa mesma empresa (fls. 52/55). Tal documentação, a toda evidência, não é capaz de demonstrar de plano o direito da parte, sendo forçoso reconhecer pela ausência de prova preconstituída.

A prova preconstituída é requisito legal que condiciona a apreciação do mandamus ante a impossibilidade de instrução probatória.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. REFÚGIO. ATO DO MINISTRO DA JUSTIÇA. INDEFERIMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO INTERPOSTO EM FACE DA DECISÃO DO CONARE. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA (CÓPIA DAS DECISÕES DO CONARE E DO RECURSO ADMINISTRATIVO).

1. Trata-se de mandado de segurança ajuizado por Ali Maqsood em face de ato do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça consubstanciado no indeferimento de recurso administrativo interposto em face de decisão do Conare que lhe negou a condição de refugiado.

2. Aduz, em síntese, para caracterizar seu direito líquido e certo, que, por ter se casado com mulher de grupo religioso diferente do seu, tem receio de ser perseguido acaso seja obrigado a retornar a seu país de origem (o Paquistão) - especialmente porque, depois que o impetrante negou apoio a grupo ativista local, sua residência foi alvo de ataques sistematizados, dos quais resultaram a morte de seu pai e de outros integrantes de sua família - e, que, nestas condições, requereu o reconhecimento do status de refugiado.

3. Postulou a concessão de liminar, e, para configurar o perigo na demora, informou que foi comunicado do indeferimento de seu recurso administrativo em 24.6.2011 e que corre risco de sofrer danos irreparáveis se seu retorno for levado a cabo. O pedido liminar não foi avaliado porque houve denegação da segurança.

4. A concessão da condição de refugiado, conquanto se releve, sem dúvida, uma manifestação da soberania brasileira, pode ser sindicável junto ao Judiciário, na qualidade de ato administrativo. Esta foi a conclusão a que chegou o Supremo Tribunal Federal nos autos da Extradicação n. 1.085, com superação do precedente que informava a matéria anteriormente (caso Padre Medina).

5. Contudo, para que o Judiciário possa se manifestar na esfera de um mandado de segurança, imperiosa é a formação dos autos na forma delimitada pelo art. 1º da Lei n. 12.016/09, que exige que o direito em jogo seja marcado pela liquidez e certeza, as quais, por sua vez, estão configuradas pela **necessidade de prova pré-constituída**.

6. Na espécie, embora a pretensão do impetrante constitua pedido juridicamente possível e que esta Corte Superior seja competente, em princípio, para processar e julgar o feito, tendo em conta a prerrogativa de foro da autoridade coatora, não há, nos presentes autos, prova do ato coator, com seu inteiro teor.

7. A cópia dos inteiros teores da decisão do Conare e da posterior decisão de indeferimento do recurso administrativo interposto junto ao Ministro de Justiça é essencial para que se possa avaliar eventual ilegalidade do ato à luz da Lei n. 9.474/97 e dos princípios de direito que regulam o instituto humanitário do refúgio.

8. Sem tais peças, é impossível avaliar o pleito mandamental de forma equilibrada, por ausência de prova pré-constituída.

9. Sustenta a parte agravante que não juntou os atos que negaram o refúgio porque a eles não teve acesso e que é a falta de fundamentação para a negativa que justificou a impetração da segurança.

10. Nada obstante, é de se observar, a partir de uma simples leitura da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial, que o fato de a parte não ter tido acesso às decisões administrativas de indeferimento do pedido de refúgio claramente não é objeto da presente impetração, que se volta unicamente contra a ilegalidade, no mérito, do indeferimento do pedido formulado em sede administrativa.

11. Ainda que assim fosse, deveria haver prova de que houve requerimento para acesso aos documentos do procedimento administrativo junto às autoridades competentes, prova esta que, novamente, não existe nesses autos - aliás, em tese, se assim fosse, seria outra a medida cabível.

12. Ora, se a parte recorrente formulou recurso administrativo, teve contato, no mínimo, com a decisão do Conare que impugnou, e ao menos este ato deveria ter sido juntado aos autos, uma vez que ele foi mantido por decisão posterior do Ministro da Justiça.

13. Por fim, para a aplicação dos arts. 7º, inc. I, e 6º, § 1º, da Lei n. 12.016/09, é necessário ao menos um indício de ilegalidade, que, reitero, não se vislumbra nestes autos, justamente porque não se sabe os limites e conteúdo da decisão que indeferiu o recurso administrativo.

14. A falta de prova pré-constituída é, pois, evidente.

15. Agravo regimental não provido.

(AgRg no MS 17.612/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/11/2011, DJe 18/11/2011) (grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENADE. NÃO REALIZAÇÃO DO EXAME. PRETENSÃO DE DISPENSA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA QUANTO AO ATO COATOR. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. EXTINÇÃO DO MANDAMUS.

1. O Mandado de Segurança exige demonstração inequívoca, mediante prova pré-constituída, do direito líquido e certo invocado. Não admite, portanto, dilação probatória, ficando a cargo do impetrante juntar aos autos documentação necessária ao apoio de sua pretensão.

2. No caso em apreço, como visa o impetrante à sua dispensa na realização do ENADE, não há nos autos qualquer demonstração de que o Ministro de Estado da Educação estaria a afrontar o seu suposto direito líquido e certo.

3. Juntou aos presentes autos apenas e tão-somente o histórico escolar da faculdade, um e-mail de convocação para a realização da prova do ENADE enviada pela Universidade Nove de Julho e o "Recurso Justificativo Prova Enade 2011" endereçado à Universidade, no qual justifica a sua falta na realização do exame e pleiteia o recebimento do diploma. Não consta nos autos, portanto, nenhum ato da Administração de indeferimento ou de recusa de pedido de dispensa da realização do Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes - ENADE.

4. Assim, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado na inicial encontra, no caso, insuperável empecilho, dada a falta de comprovação sobre fatos essenciais, cuja elucidação demandaria atividade probatória insuscetível de ser promovida na via eleita. Precedentes desta Corte.

5. Mandado de Segurança extinto, sem resolução do mérito, ressalvando a possibilidade do impetrante buscar o direito alegado nas vias ordinárias.

(MS 18.301/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2012, DJe 01/08/2012) (grifo nosso)

Com essas considerações, nego provimento ao recurso ordinário.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2012/0208706-0 PROCESSO ELETRÔNICO RMS 39.219 / RJ

Números Origem: 177777620128190000 201214000120

PAUTA: 20/06/2013

JULGADO: 20/06/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ CARLOS PIMENTA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ASSESSORIA E PLANEJAMENTO
TRIBUTÁRIO FISCAL E PROTEÇÃO AOS DIREITOS DO CONSUMIDOR E DO
CONTRIBUINTE - ABAPLAT
ADVOGADOS : AURÉLIO ROCHA DOS SANTOS E OUTRO(S)
DIOGO MARCUS LEIBÃO SALLES
RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : FABIANA ANDRADA DO AMARAL RUDGE BRAGA E OUTRO(S)

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). MARCELO ROCHA DE MELLO MARTINS (Procurador do Estado do Rio de Janeiro representando o próprio Estado do Rio de Janeiro), pela parte RECORRIDA: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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, Herman Benjamin (Presidente) e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.