



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EDcl no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 30.008 -
BA (2009/0140129-2)**

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : ASSOCIAÇÃO BAIANA DE MANTENEDORAS DE
ENSINO SUPERIOR - ABAMES
ADVOGADO : BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DA BAHIA
PROCURADOR : BRUNO ESPINEIRA LEMOS

EMENTA

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 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.

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 agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília (DF), 26 de outubro de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EDcl no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 30.008 -
BA (2009/0140129-2)**

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : ASSOCIAÇÃO BAIANA DE MANTENEDORAS DE
ENSINO SUPERIOR - ABAMES
ADVOGADO : BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DA BAHIA
PROCURADOR : BRUNO ESPINEIRA LEMOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de agravo regimental interposto pela ASSOCIAÇÃO BAIANA DE MANTENEDORAS DE ENSINO SUPERIOR - ABAMES contra decisão monocrática deste Relator que negou provimento ao recurso ordinário da agravante.

A decisão ficou assim ementada:

"TRIBUTÁRIO – ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA – VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE – NECESSÁRIA DILAÇÃO PROBATÓRIA – PRECEDENTES – RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO."

Para melhor ilustração do caso, eis a decisão proferida pelo Tribunal de origem:

"DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE DO ICMS. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E ATIVA AD CAUSAM E DE DECADÊNCIA REJEITADAS.

I - Os associados da impetrante são os contribuintes de fato do ICMS, portanto, assiste-lhes o direito de resistir à cobrança, a qual entendem por ilegal, sob pena de vergastamento ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

II - A Secretaria da Fazenda do Estado, consoante estatui o art. 115, do Código Tributário Estadual, tem capacidade de proceder à inscrição e a cobrança da dívida ativa tributária, razão pela qual é legitimado o Secretário, que a representa, para figurar, no pólo passivo da ação, na qual se discute o não pagamento do tributo.

III - Nas ações de trato sucessivo, como é a hipótese da cobrança de ICMS, o prazo do mandado de segurança recomeça,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mensalmente, a partir de cada data de pagamento do tributo.

IV - É inteligível pela leitura do art. 155, § 2º, inciso III, da Constituição Federar que a observância ao princípio da seletividade, no que pertine ao ICMS, é mera faculdade, imposta ao legislador tributário, não sendo ela obrigatória. Assim sendo, impossível ao Judiciário estatuir, in casu, nova alíquota do imposto, sob pena de malferimento do princípio da separação dos poderes.

V - Segurança Denegada."

A agravante alega em seu recurso ordinário ser inconstitucional "a alíquota de 25% estipulada para a energia elétrica e serviço de telecomunicação, (...) frente à aplicação do princípio constitucional da seletividade em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços constante no art. 155, § 2º, III, da Constituição Federal (...)".

Requer, ao final, que seja aplicada "a alíquota geral (17% - art. 50, I, do RICMS/BA), prevista de forma geral na legislação estadual, até edição de nova legislação em conformidade com a Constituição Federal; que seja declarado o direito de seus filiados à compensação dos valores pagos a maior, decorrente da cobrança indevida acima referida (...)" (fl. 265e).

Em agravo regimental, acresce a recorrente que o mandado de segurança é cabível para "declaração do direito a compensação", bem como para fim preventivo pois "a cada aquisição de energia elétrica ...[paira] a ameaça da exigência do tributo indevido pela autoridade fazendária..." (fl. 350-e).

Pugna, por fim, caso não seja reconsiderada a decisão agravada, para que se submeta o presente agravo à apreciação da Turma.

É, no essencial, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EDcl no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 30.008 -
BA (2009/0140129-2)**

EMENTA

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 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.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Mantenho a decisão agravada, por seus próprios fundamentos.

A decisão agravada **não** afirma ser incabível o mandado de segurança para fins de compensação ou para fins preventivo.

Consignou o *decisum recorrido* apenas que é incabível utilizar o *writ* para a declaração de inconstitucionalidade de lei e que, ainda que fosse possível, no presente caso seria necessária a dilação probatória, situação incompatível com o rito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

célere do *mandamus*, conforme precedentes idênticos do Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, a recorrente pretende 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.

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

A propósito, os seguintes precedentes:

"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'



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(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 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 28.227/GO, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24.3.2009, DJe 20.4.2009, grifou-se.)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA E COMUNICAÇÃO. ALÍQUOTA. SELETIVIDADE CONFORME ESSENCIALIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.

1. Hipótese em que a empresa impetrou Mandado de Segurança para afastar a alíquota de ICMS (25%) incidente sobre o fornecimento de energia elétrica e os serviços de comunicação. Argumentou que a cobrança ofende o Princípio da Seletividade segundo a Essencialidade do Bem, de modo que deve ser aplicada a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alíquota geral inferior (18%).

2. A Segunda Turma, em recente julgado (RMS 28.227/GO, j. 24.3.2009, DJe 17.4.2009), decidiu que o writ não se presta a aferir suposta ofensa ao Princípio da Seletividade – no que se refere à alíquota do ICMS sobre energia elétrica e serviços de telecomunicações –, se o impetrante não demonstra peremptoriamente a incompatibilidade da norma estadual com a determinação constitucional.

3. Embora inequívoca a importância da energia elétrica e dos serviços de comunicação, a violação da seletividade não ficou demonstrada.

4. Agravo Regimental não provido."

(AgRg no RMS 26.832/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 2.6.2009, DJe 21.8.2009.)

Ademais, também conforme precedentes desta Corte Superior, ainda que sob o argumento de que a declaração de 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.

Nesse sentido, julgado da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça:

"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. DESCABIMENTO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. EFEITOS FINANCEIROS PRETÉRITOS. IMPROPRIEDADE DA VIA MANDAMENTAL. SÚMULAS 269 E 271/STF. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO.

1. O pedido formulado no mandado de segurança, e reiterado nesta via recursal, consiste na declaração de inconstitucionalidade do disposto no art. 14, VI, item 12, e VII, item 7, do Livro I, Título III, do RICMS/RJ, que prevê a incidência de alíquota de 25% sobre o fornecimento de energia elétrica e os serviços de comunicação.

Todavia, consoante reiterada jurisprudência do 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. A 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 sete por cento (7%). 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); portanto, a via mandamental não comporta a devolução de valor pago indevidamente.

5. Não merece ser conhecido o recurso ordinário na parte em que se pleiteia o reconhecimento da legitimidade ativa ad causam, na medida em que o Tribunal de Justiça estadual, no julgamento do mandamus, já considerou a impetrante parte legítima. Assim, encontra-se ausente o necessário interesse recursal para obter o referido provimento jurisdicional.

6. Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido."

(RMS 22.398/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 18.11.2008, DJe 17.12.2008, grifou-se.)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0140129-2

**AgRg nos EDcl no
RMS 30.008 / BA**

Número Origem: 1228402008

PAUTA: 26/10/2010

JULGADO: 26/10/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ASSOCIAÇÃO BAIANA DE MANTENEDORAS DE ENSINO SUPERIOR -
ABAMES
ADVOGADO : BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DA BAHIA
PROCURADOR : BRUNO ESPINEIRA LEMOS

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ASSOCIAÇÃO BAIANA DE MANTENEDORAS DE ENSINO SUPERIOR -
ABAMES
ADVOGADO : BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DA BAHIA
PROCURADOR : BRUNO ESPINEIRA LEMOS

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 agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília, 26 de outubro de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária