



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 33.866 - RN (2011/0050746-2)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
RECORRENTE : **MUNICÍPIO DE MOSSORÓ**
PROCURADOR : **JOSÉ ANSELMO DE CARVALHO JÚNIOR E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**
PROCURADOR : **MAGNA LETÍCIA DE AZEVEDO LOPES CÂMARA E OUTRO(S)**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. REPARTIÇÃO DA COTA-PARTE COM O MUNICÍPIO DE MOSSORÓ. LEI ESTADUAL N. 9.277/2009 E PORTARIA N. 104/2009-SET. ATO NORMATIVO DE EFEITOS CONCRETOS.

1. Recurso ordinário em mandado de segurança impetrado contra ato da Governadora do Estado do Rio Grande do Norte, do Secretário Estadual de Planejamento e Finanças e do Secretário Estadual de Tributação, consubstanciado na edição da Portaria n. 104/2009-SET que deu execução a Lei Estadual n. 9.277/2009, a fim de redefinir a repartição da cota-parte das verbas oriundas do ICMS a que tem direito o Município de Mossoró.
2. Extraí-se da exordial do mandado de segurança que a pretensão relativa ao reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 9.277/2009 foi deduzida não como pleito principal, mas como fundamento (causa de pedir) a justificar a anulação da Portaria n. 104/2009-SET, a qual redefiniu, para o ano de 2010, os índices de participação dos Municípios do Estado do Rio Grande do Norte, dentre eles o impetrante, na arrecadação do ICMS.
3. A jurisprudência desta Corte de Justiça entende que é possível a alegação de inconstitucionalidade de norma em sede de mandado de segurança, desde que tal pedido seja deduzido como causa de pedir. Precedentes: RMS 30.138/MS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 8/3/2010; RMS 24.719/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 6/8/2009; RMS 24.608/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 21/11/2008; REsp 1.022.257/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 17/03/2008.
4. Ultrapassado o óbice, de indeferimento da inicial (art. 6, § 5º, da Lei n. 12.016/09), os autos devem retornar à origem para que o Tribunal do Estado do Rio Grande do Norte examine a tese em relação à Portaria n. 104/2009-SET que deu execução à Lei Estadual n. 9.277/2009.
5. Recurso ordinário parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Licenciado o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 06 de outubro de 2011(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 33.866 - RN (2011/0050746-2)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
RECORRENTE : **MUNICÍPIO DE MOSSORÓ**
PROCURADOR : **JOSÉ ANSELMO DE CARVALHO JÚNIOR E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**
PROCURADOR : **MAGNA LETÍCIA DE AZEVEDO LOPES CÂMARA E OUTRO(S)**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de recurso ordinário interposto pelo Município de Mossoró contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, que denegou mandado de segurança, em acórdão assim ementado:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. DECISÃO QUE INDEFERIU PETIÇÃO INICIAL. EXPRESSO PLEITO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE CONTROLE CONCENTRADO EM SEDE DE *MANDAMUS*. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO PEDIDO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. O julgador está adstrito aos limites do pedido, de forma que, em face do princípio da congruência, é vedado ao mesmo decidir aquém, além ou fora do que foi requerido pela parte.
2. Há que se interpretar os pedidos de forma restritiva, sendo vedada a sua ampliação, nos termos da interpretação sistemática dos arts. 128, 293 e 460, todos do CPC.
3. Constatado que o pedido do impetrante, em sede de *mandamus*, cinge-se à declaração de inconstitucionalidade, há que ser indeferida a inicial, ante a impossibilidade de realização de controle concentrado via mandamental.

O recorrente alega, em resumo, que: a) o pedido principal do mandado de segurança cinge-se a "anular a Portaria n. 104/2009-SET e expedir ordem para assegurar os direitos do impetrante decorrentes da Portaria 58/2009-SET"; b) para o deslinde da causa, suscitou-se a inconstitucionalidade *incidenter tantum* e a ilegalidade do ato coator, consistente na Portaria n. 104/2009 - SET, por violar dispositivos da Carta Magna, bem como da Lei Complementar n. 63/90; c) o pleito mandamental diz respeito à ilegalidade e inconstitucionalidade de ato administrativo, em exaurimento de lei de efeito concreto, não se tratando, desse modo, de lei em tese; d) a Lei Estadual n. 9.277/2009 viola regramentos constitucionais e federais que fixam critérios de participação dos Municípios na arrecadação do ICMS; e) o recálculo dos índices consubstanciados na Portaria impugnada, tem por consequência perdas financeiras para o impetrante.

Em contrarrazões (fls. 106-112), o Estado do Rio Grande do Norte alega que: a) o recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não deve ser conhecido, ante o pleito de julgamento de mérito, uma vez que, caso superado os óbices processuais, os autos devem retornar a origem para análise do mérito; b) o objetivo do mandado de segurança consiste em pedido abstrato de declaração de inconstitucionalidade de normas legais, o que atrai a incidência da Súmula 266/STF.

O Ministério Público Federal opina pelo não provimento do recurso ordinário, ao fundamento de que trata-se de mandado de segurança contra lei em tese (fls. 127-128).

É o relatório.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 33.866 - RN (2011/0050746-2)

EMENTA
PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO EM MANDADO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEGURANÇA. ICMS. REPARTIÇÃO DA COTA-PARTE COM O MUNICÍPIO DE MOSSORÓ. LEI ESTADUAL N. 9.277/2009 E PORTARIA N. 104/2009-SET. ATO NORMATIVO DE EFEITOS CONCRETOS.

1. Recurso ordinário em mandado de segurança impetrado contra ato da Governadora do Estado do Rio Grande do Norte, do Secretário Estadual de Planejamento e Finanças e do Secretário Estadual de Tributação, consubstanciado na edição da Portaria n. 104/2009-SET que deu execução a Lei Estadual n. 9.277/2009, a fim de redefinir a repartição da cota-parte das verbas oriundas do ICMS a que tem direito o Município de Mossoró.
2. Extraí-se da exordial do mandado de segurança que a pretensão relativa ao reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 9.277/2009 foi deduzida não como pleito principal, mas como fundamento (causa de pedir) a justificar a anulação da Portaria n. 104/2009-SET, a qual redefiniu, para o ano de 2010, os índices de participação dos Municípios do Estado do Rio Grande do Norte, dentre eles o impetrante, na arrecadação do ICMS.
3. A jurisprudência desta Corte de Justiça entende que é possível a alegação de inconstitucionalidade de norma em sede de mandado de segurança, desde que tal pedido seja deduzido como causa de pedir. Precedentes: RMS 30.138/MS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 8/3/2010; RMS 24.719/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 6/8/2009; RMS 24.608/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 21/11/2008; REsp 1.022.257/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 17/03/2008.
4. Ultrapassado o óbice, de indeferimento da inicial (art. 6, § 5º, da Lei n. 12.016/09), os autos devem retornar à origem para que o Tribunal do Estado do Rio Grande do Norte examine a tese em relação à Portaria n. 104/2009-SET que deu execução à Lei Estadual n. 9.277/2009.
5. Recurso ordinário parcialmente provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança impetrado contra ato da Governadora do Estado do Rio Grande do Norte, do Secretário Estadual de Planejamento e Finanças e do Secretário Estadual de Tributação, consubstanciada na edição da Portaria n. 104/2009-SET que deu execução a Lei Estadual n. 9.277/2009, a fim de redefinir a repartição da cota-parte das verbas oriundas do ICMS a que tem direito o Município de Mossoró.

O recorrente alega que a implementação da referida portaria de efeitos concretos, implicará na redução da cota-parte do Município de Mossoró em montante equivalente a R\$ 10.237.639,73 (dez milhões, duzentos e trinta e sete mil, seiscentos e trinta e nove reais e setenta e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

três centavos).

O acórdão recorrido denegou a segurança, por entender que o pleito do *mandamus* visava a declaração de inconstitucionalidade de diplomas legais, de forma direta.

Não obstante a inicial do mandado de segurança conter pedido de declaração de inconstitucionalidade e de ilegalidade da Lei Estadual n. 9.277/2009, verifica-se, na verdade, que tal pedido foi formulado como fundamento para o pedido, pois o objetivo do impetrante sempre foi a anulação da Portaria n. 104/2009-SET, a qual redefiniu, para o ano de 2010, os índices de participação dos Municípios do Estado do Rio Grande do Norte, dentre eles o impetrante, na arrecadação do ICMS.

Diante disso, verifica-se que a ação mandamental não questiona, em tese, a validade do diploma normativo, mas tão somente os efeitos concretos das redução dos índices de participação dos Municípios na arrecadação do ICMS, o que torna cabível o presente mandado de segurança.

A esse respeito, trago os seguintes precedentes:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DECRETO ESTADUAL. CABIMENTO. EFEITOS CONCRETOS. EMPRESA FORNECEDORA DE SOFTWARE. EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃO CONJUNTA DE RESPONSABILIDADE POR EVASÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. REQUISITOS PREVISTOS EXAUSTIVAMENTE NA LEI. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

1. O *mandamus* foi impetrado em face do Governador do Estado do Mato Grosso do Sul e do Secretário de Estado da Fazenda do mencionado ente estatal, em razão da exigência perpetrada pelo Decreto Estadual nº 10.525/2001, que instituiu a obrigatoriedade de ser firmada declaração na qual a empresa que desenvolve software para processamento de dados com finalidade fiscal assume a responsabilidade solidária, juntamente com o contribuinte, pela evasão fiscal decorrente da utilização do aplicativo de informática desenvolvido.

2. É cabível a ação mandamental, pois não se questiona, em tese, a validade do diploma normativo, mas tão somente os efeitos concretos da exigência instituída pelo mencionado decreto estadual sobre a atividade econômica desempenhada pela impetrante.

3. Com a adoção da escrituração fiscal digital, novas obrigações acessórias foram instituídas com o objetivo de otimizar a fiscalização tributária. É inegável, portanto, que a modernização dos instrumentos fiscalizatórios é medida salutar, que deve ser valorada de forma positiva, pois contribui para o aprimoramento da função arrecadatória estatal. No entanto, esses novos mecanismos devem sempre obediência às normas gerais de direito tributário previstas no CTN e no Texto Constitucional.

4. No tocante à atividade de desenvolvimento de aplicativos de informática



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

destinados a emitir documentos com finalidade fiscal, o Código Tributário do Estado do Mato Grosso do Sul estabelece a responsabilidade solidária do fabricante do software, apenas nos casos em que esse concorre para a omissão total e parcial de informações fiscais utilizadas para o cálculo do imposto devido, isto é, quando compactua com a prática da evasão fiscal.

[...]

8. Recurso ordinário em mandado de segurança provido em parte (RMS 30.138/MS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 08/03/2010).

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. LEI ESTADUAL 15.118/2006. PEDIDO AUTÔNOMO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. SÚMULA 266/STF. RECURSO DESPROVIDO.

1. A ora recorrente impetrou mandado de segurança, visando à declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual 15.118, de 12 de maio de 2006, a qual estabeleceu novo piso salarial regional a diferentes categorias de trabalhadores do Estado do Paraná.

Sustenta, nesse contexto, que a referida norma afronta os arts. 5º, II e LIV, 7º, IV e V, 22, I, 170, IX, e 174 da Constituição Federal, 1º da LICC, 8º da LC 95/98 e 12 da Lei 10.192/2001. Nota-se, portanto, que a recorrente pretende, na realidade, confrontar o disposto na referida lei estadual com as normas constitucionais e legais anteriormente mencionadas, limitando-se, assim, a impugnar lei em tese. Todavia, tal pretensão é vedada na via estreita do mandado de segurança, conforme preceitua a Súmula 266/STF: "Não cabe mandado de segurança contra lei em tese."

2. É certo que há entendimento firmado nesta Corte de Justiça, afastando a incidência da mencionada súmula, por entender ser devida a impetração de mandado de segurança quando a lei questionada possuir efeitos concretos em relação ao impetrante. Destarte, há a possibilidade de se alegar inconstitucionalidade de norma em sede de mandado de segurança para fundamentar o pedido; o que não é aceitável, entretanto, é que tal alegação configure pedido autônomo. Nesse contexto, o Ministro Teori Albino Zavascki, no voto condutor do acórdão proferido no RMS 21.271/PA, consignou 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. Na hipótese dos autos, a impetrante, na petição de mandado de segurança, apresenta pedido genérico de declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual 15.118/2006, não demonstrando a existência de nenhum efeito concreto. Assim, havendo pedido autônomo de declaração de inconstitucionalidade da referida norma estadual, não há como afastar a incidência da Súmula 266/STF.

4. Recurso ordinário desprovido (RMS 24719/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 06/08/2009, grifo nosso).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO - CABIMENTO - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 266/STF - RESOLUÇÃO 3166/2001 - BENEFÍCIO FISCAL RESTRITIVO - REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO - PRODUTOS QUE COMPÕEM CESTA BÁSICA - LEI DE EFEITOS CONCRETOS.

1. Doutrina e jurisprudência entendem que, se a lei gera efeitos concretos quando é publicada, ferindo direito subjetivo, é o mandado de segurança via adequada para impugná-la.

2. A Resolução 3.166/2001 do Estado de Minas Gerais, em seu art. 1º, vedou o creditamento pelo valor total de operações mercantis com produtos da cesta básica, impedindo, no sentir da impetrante, a não-cumulatividade do tributo, na medida em que o montante debitado é superior ao creditado, por força da redução da base de cálculo do tributo.

3. Contribuinte que se dedica ao ramo varejista e que comprova realizar operações mercantis com produtos que compõem a cesta básica é passível de sofrer os efeitos concretos da Resolução em tela.

4. Diante da inexorável incidência da norma tributária e da conduta vinculada da Administração tributária, é de se reconhecer a aptidão da Resolução 3.166/2001 de provocar danos ao patrimônio jurídico do impetrante.

5. Inaplicabilidade da Súmula 266/STF.

6. Recurso ordinário parcialmente provido (RMS 24.608/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 21/11/2008, grifo nosso).

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. LC Nº 87/96. HABILITAÇÃO. TELEFONIA MÓVEL CELULAR. LEGITIMIDADE. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. É cabível mandado de segurança contra norma tributária de aplicabilidade imediata capaz de produzir efeitos concretos na esfera patrimonial dos contribuintes.

2. As atividades meramente preparatórias ou de acesso aos serviços de comunicação não podem ser entendidas como "serviço de telecomunicação" propriamente dito, de modo que estão fora da incidência tributária do ICMS. Não tem amparo, portanto, na Lei Complementar nº 87/96 a cláusula primeira do Convênio nº 69/98, que inclui as referidas atividades preparatórias na base de cálculo do ICMS-comunicação. Precedentes.

3. Impossibilidade de ser reconhecido direito líquido e certo à não-incidência do ICMS sobre “serviços suplementares e facilidades adicionais”, sem que haja explicitação de quais operações a recorrente entende estarem inseridas em conceitos por demais vagos.

4. Incide ICMS sobre a cobrança de assinatura básica residencial, que se constitui em verdadeira remuneração do serviço de telefonia, já que sua previsão legal é de estabelecer valor mínimo que justifique a viabilidade econômica do serviço com a contrapartida de franquia de utilização.

5. Recurso especial provido em parte (REsp 1022257/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008, grifo nosso).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, com base no entendimento firmado nesta Corte de Justiça, afasto a incidência da Súmula 266/STF, por entender ser devida a impetração de mandado de segurança quando a lei questionada possuir efeitos concretos em relação ao impetrante.

Ultrapassado o óbice, de indeferimento da inicial (art. 6, § 5º, da Lei n. 12.016/09), devem os autos retornar à origem para que o Tribunal do Estado do Rio Grande do Norte examine a tese em torno das inúmeras inconstitucionalidades apontadas em relação à Portaria n. 104/2009-SET que deu execução a Lei Estadual n. 9.277/2009.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso ordinário.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0050746-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **RMS** **33.866 / RN**

Números Origem: 20100014354 20100014354000100 20100014354000200

PAUTA: 02/08/2011

JULGADO: 02/08/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. DENISE VINCI TULIO

Secretária

Bela. MÁRCIA ARAUJO RIBEIRO (em substituição)

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MUNICÍPIO DE MOSSORÓ
PROCURADOR : JOSÉ ANSELMO DE CARVALHO JÚNIOR E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADOR : MAGNA LETÍCIA DE AZEVEDO LOPES CÂMARA E OUTRO(S)

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0050746-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **RMS** **33.866 / RN**

Números Origem: 20100014354 20100014354000100 20100014354000200

PAUTA: 06/10/2011

JULGADO: 06/10/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS FONSECA DA SILVA

Secretária

Bela. MÁRCIA ARAUJO RIBEIRO (em substituição)

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MUNICÍPIO DE MOSSORÓ
PROCURADOR : JOSÉ ANSELMO DE CARVALHO JÚNIOR E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADOR : MAGNA LETÍCIA DE AZEVEDO LOPES CÂMARA E OUTRO(S)

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Licenciado o Sr. Ministro Francisco Falcão.