



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 67364 - GO (2021/0291670-2)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : MMARRA DISTRIBUIDORA AUTOMOTIVA LTDA
ADVOGADO : JOÃO MARCELO NOVELLI AGUIAR - SP238376
AGRAVADO : ESTADO DE GOIAS
ADVOGADO : WAGNER JÔNATAS PORTELA MENDONÇA - GO024462

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS FILIAIS. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DE QUE A AUTORIDADE IMPETRADA ESTARIA NA IMINÊNCIA DE AUTUAR A IMPETRANTE.

1. Tendo o recurso sido interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015, devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele previsto, conforme Enunciado Administrativo n. 3/2016/STJ.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o mandado de segurança preventivo "exige efetiva ameaça decorrente de atos concretos ou preparatórios por parte da autoridade indigitada coatora, não bastando o risco de lesão a direito líquido e certo, baseado em conjecturas por parte do impetrante, que, subjetivamente, entende encontrar-se na iminência de sofrer o dano" (RMS 19.020/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX (PRIMEIRA TURMA, DJU de 10/4/2006). Nesse mesmo sentido: AgInt no MS 25.563/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 20/3/2020; AgRg no MS 20.395/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 23/9/2014.

3. Inexistência de prova pré-constituída de que a autoridade impetrada estivesse na iminência de praticar qualquer ato concreto, tendo a recorrente afirmando tão somente que, no caso, basta demonstrar os fatos, o enquadramento na situação concreta e a subsunção legal que respalde o justo receio descrito pelo art. 1º da Lei nº 12.016/2009 como hipótese de cabimento do remédio constitucional.

4. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 09/08/2022 a 15/08/2022, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 15 de agosto de 2022.

Ministro Benedito Gonçalves
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 67364 - GO (2021/0291670-2)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : MMARRA DISTRIBUIDORA AUTOMOTIVA LTDA
ADVOGADO : JOÃO MARCELO NOVELLI AGUIAR - SP238376
AGRAVADO : ESTADO DE GOIAS
ADVOGADO : WAGNER JÔNATAS PORTELA MENDONÇA - GO024462

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS FILIAIS. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DE QUE A AUTORIDADE IMPETRADA ESTARIA NA IMINÊNCIA DE AUTUAR A IMPETRANTE.

1. Tendo o recurso sido interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015, devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele previsto, conforme Enunciado Administrativo n. 3/2016/STJ.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o mandado de segurança preventivo "exige efetiva ameaça decorrente de atos concretos ou preparatórios por parte da autoridade indigitada coatora, não bastando o risco de lesão a direito líquido e certo, baseado em conjecturas por parte do impetrante, que, subjetivamente, entende encontrar-se na iminência de sofrer o dano" (RMS 19.020/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX (PRIMEIRA TURMA, DJU de 10/4/2006). Nesse mesmo sentido: AgInt no MS 25.563/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 20/3/2020; AgRg no MS 20.395/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 23/9/2014.

3. Inexistência de prova pré-constituída de que a autoridade impetrada estivesse na iminência de praticar qualquer ato concreto, tendo a recorrente afirmando tão somente que, no caso, basta demonstrar os fatos, o enquadramento na situação concreta e a subsunção legal que respalde o justo receio descrito pelo art. 1º da Lei nº 12.016/2009 como hipótese de cabimento do remédio constitucional.

4. Agravo interno não provido.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de agravo interno interposto por KUMON INSTITUTO DE EDUCAÇÃO LTDA contra decisão que negou provimento ao recurso ordinário, nos seguintes termos (fl. 211):

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SEGURANÇA PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE SITUAÇÃO DE FATO (DECISÃO ADMINISTRATIVA) OU PROVIDENCIA CONCRETA EXECUTADA PELA ADMINISTRAÇÃO. CARÊNCIA DE AÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.

Nas razões do agravo interno, sustenta a recorrente que para comprovar a viabilidade de autuações, basta que se demonstre os fatos,

o enquadramento na situação concreta e a subsunção legal, pois é impossível provar o que não ocorreu, tratando-se de medida preventiva e não repressiva.

O que a recorrente objetiva é justamente prevenir os atos concretos da autoridade coatora.

No caso, está provada a condição de contribuinte, a existência de estabelecimentos em diversos Estados da Federação, exaustivamente descritos no recurso ordinário constitucional, e a existência de legislação inconstitucional do Estado de Goiás que respalde o “justo receio” da recorrente, descrito pelo art. 1º da Lei nº 12.016/2009 como hipótese de cabimento do remédio constitucional em pauta.

No que tange especificamente à legislação inconstitucional, vejamos manifestação expressa do Estado de Goiás neste próprio caso, demonstrando a resistência absoluta em acatar o entendimento jurisprudencial deste Tribunal (Súmula 166) e do Supremo Tribunal Federal (ADC 49), pela sustentação firme de que o ICMS incide na transferência entre estabelecimentos de mesmo contribuinte:

Se a própria Procuradoria Geral do Estado de Goiás, que interpreta as normas sob o viés jurídico, sustenta a incidência do tributo em operação que os tribunais superiores afastaram, pois a legislação local assim prevê, notório o justo receio da recorrente.

Em outras palavras, é evidente que, existindo legislação que obrigue o recolhimento, a Fiscalização Tributária, por dever funcional, autuará a recorrente, que tem estabelecimentos em diversos Estados e realiza transferência entre eles, de modo que, na hipótese de denegação da segurança, a perpetração de atos abusivos pelo Estado de Goiás será cancelada pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, com a devida vênia ao entendimento do Nobre Relator, não prospera a fundamentação da decisão monocrática que desproveu o recurso em mandado de segurança, sob a alegação de não comprovação do ato coator.

Sem impugnação pelo Estado de Goiás (fl. 1086).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC (Enunciado n. 3 do Plenário do STJ).

Após nova análise processual, provocada pela interposição do agravo interno, observo que a conclusão da decisão agravada deve ser mantida.

Como registrado na decisão ora impugnada, o recurso se origina de mandado de segurança impetrado preventivamente com o objetivo de impedir a cobrança do ICMS nas transferência de mercadorias entre os estabelecimentos da impetrante, sob alegação de não ocorrência do fato gerador na espécie. Alega, ainda, que por se tratar de medida preventiva, “está provada a condição de contribuinte, a existência de estabelecimentos em diversos Estados da Federação, exaustivamente descritos no recurso ordinário constitucional, e a existência de legislação inconstitucional do Estado de Goiás que respalde o 'justo receio' da recorrente" (fl. 222).

O Tribunal de origem, ao entendimento de ausência de prova pré-constituída do direito líquido e certo invocado pela impetrante, denegou a segurança com base na seguinte fundamentação (fls. 116/117):

Quanto ao mérito, melhor sorte não socorre a impetrante.

No caso dos autos, a impetrante pretende a abstenção da autoridade coatora de exigir o pagamento do ICMS sobre as operações de transferência de mercadoria (peças automotivas) de seus estabelecimentos localizados no Estado de Goiás para os demais estabelecimentos situados em outros Estados da Federação.

O Supremo Tribunal Federal entende que o simples deslocamento da mercadoria de um estabelecimento para outro da mesma empresa, sem a transferência de propriedade, não caracteriza a hipótese de incidência do ICMS, ainda que se trate de circulação interestadual de mercadoria, conforme se verifica do teor da Súmula 166 do STJ.

[...]

Como cediço, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS) apenas incide quando ocorre a circulação jurídica de mercadorias e não a meramente física. Obviamente, para que se configure a circulação jurídica, deve ocorrer a transferência da posse ou propriedade da mercadoria de uma pessoa para outra, sendo que o simples deslocamento do bem, sem que haja mudança na titularidade, não é capaz de ensejar a tributação por meio do ICMS.

In casu, verifica-se que a impetrante afirma que tem como objeto social o comércio varejista e atacadista, importação e exportação de peças para veículos automotores em geral, e que dessa forma, sujeita-se a incidência do ICMS sobre suas operações, e que, para a consecução de suas atividades, necessita realizar simples transferências de mercadorias próprias para os seus outros estabelecimentos, situados em Ribeirão Preto/SP, Uberlândia/MG e Araçatuba/SP.

Em que pese as argumentações da impetrante, impende observar que não restou demonstrado nos autos que, de fato, a transferência de mercadorias para suas filiais se dá para a melhor consecução de suas atividades. Isso porque inexistem provas de que a transferência das mercadorias não se refere à circulação jurídica, que pressupõe ato de mercancia com a finalidade de obtenção de lucro e a transferência de titularidade.

É certo que a ausência de prova hábil a amparar as alegações da impetrante, além de colaborar para o reconhecimento de ausência de prova pré-constituída, também, induz a suspeita de que as transferências de mercadorias por ela realizadas possuem verdadeiro propósito comercial.

Nesse contexto, verifica-se que a matéria aqui debatida necessita de uma análise mais acurada, porquanto a aplicação da Súmula 166 do STJ não pode ser desvirtuada para permitir a venda de mercadorias como se fosse mera transferência entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, sob pena de prejuízo ao erário estadual.

Logo, forçoso concluir pela ausência de prova pré-constituída do direito líquido e certo invocado pela impetrante, a ser amparado pela via do *mandamus* e, sendo vedada a instrução probatória em demandas desta natureza, impõe-se a denegação da segurança (artigo 6º, § 5º, da Lei 12.016/09).

Com efeito, só é cabível a impetração de mandado de segurança contra ato normativo quando se constatar a produção de efeitos concretos sobre o direito que se quer preservado, daí porque “o cabimento está condicionado à prova da ocorrência de ato concreto ou de conduta rotineira do fisco que, com base na respectiva legislação, infirme o direito invocado, seja por meio de lavratura de auto de infração, seja pelo indeferimento de pedido administrativo” (AgInt no REsp 1530846/MT, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 15/08/2017, DJe 26/09/2017).

Na mesma linha, dentre outros:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO SELETIVO SIMPLIFICADO PARA A FUNÇÃO DE PROFESSOR DE EDUCAÇÃO PROFISSIONAL DE TEATRO. CANDIDATA APROVADA E CONTRATADA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DE QUE A AUTORIDADE IMPETRADA ESTARIA NA IMINÊNCIA DE EXONERAR A IMPETRANTE. INEXISTÊNCIA.

INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

1. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que o mandado de segurança preventivo "exige efetiva ameaça decorrente de atos concretos ou preparatórios por parte da autoridade indigitada coatora, não bastando o risco de lesão a direito líquido e certo, baseado em conjecturas por parte do impetrante, que, subjetivamente, entende encontrar-se na iminência de sofrer o dano" (RMS 19.020/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX (PRIMEIRA TURMA, DJU de 10/4/2006). Nesse mesmo sentido: AgInt no MS 25.563/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 20/3/2020; AgRg no MS 20.395/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 23/9/2014.

2. Caso concreto em que inexistia nos autos prova pré-constituída de que a autoridade impetrada estivesse na iminência de praticar qualquer ato tendente à exoneração da impetrante da função de Professora de Educação Profissional (Técnico em Teatro), para a qual foi contratada após aprovação em processo seletivo simplificado.

3. Recurso ordinário conhecido para, de ofício, indeferir a petição inicial do mandado de segurança preventivo, com a sua consequente denegação, a teor dos arts. 6º, § 5º, da Lei n. 12.016/09 c/c 485, I, do CPC.

(RMS 63.702/BA, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/10/2020, DJe 19/10/2020)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO PREVENTIVA. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA COM BASE NO ART. 97, § 10, II, DO ADCT. FALTA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA ACERCA DA CONDIÇÃO DE CREDOR DA FAZENDA PÚBLICA E DA EXISTÊNCIA OU IMINÊNCIA DE ATO COATOR. PRETENSÃO MERAMENTE NORMATIVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 266/STF. CARÊNCIA DE AÇÃO RECONHECIDA.

1. Recurso ordinário em mandado de segurança pelo qual a impetrante busca provimento judicial que lhe assegure a declaração do direito de compensar débitos tributários com precatórios judiciais vencidos e não pagos, nos moldes preconizados no art. 97, § 10, do ADCT.

2. A Primeira Seção, em sede de recurso especial representativo de controvérsia, sedimentou o entendimento de que a impetração de mandado de segurança tendente a obter a declaração do direito à compensação tributária, nos termos da Súmula 213/STJ, exige, ao menos, a demonstração de que o impetrante é credor da Fazenda Pública. (REsp 1.111.164/BA, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 25/05/2009). No caso dos autos, todavia, a impetrante não fez prova pré-constituída de que é credora de precatório requisitório expedido contra o Estado do Rio de Janeiro, o que denota a sua falta de interesse de agir.

3. Extraí-se dos autos que, em verdade, a impetrante busca provimento que lhe assegure compensar débitos tributários com precatórios que vier a adquirir de terceiros. Isso denota que o presente mandamus está amparado em alegações genéricas e abstratas, ostentando caráter meramente normativo, já que, por meio dele, o impetrante almeja resguardar situações futuras e, por conseqüência, insertas, mediante prévia interpretação do Poder Judiciário acerca de determinada lei em tese, o que é vedado na via eleita, ante o óbice contido na Súmula 266/STF. Nesse sentido: RMS 34.922/GO, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11/10/2011; RMS 31.843/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 11/11/2010; RMS 30.035/MT, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14/12/2009.

4. Ademais, o efeito liberatório pretendido pela impetrante, conforme prevê expressamente o § 10 do art. 97 do ADCT, exige a demonstração de que a Fazenda devedora não esteja honrando com os pagamentos exigidos pela nova moratória disciplinada pela própria EC 62/09 e especificados no inciso II do § 1º e nos §§ 2º e 6º do aludido artigo do ADCT, condição essa que não foi aventada e, quiçá, provada nos autos deste writ.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no RMS n. 35.818/RJ, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira

Turma, julgado em 28/2/2012, DJe de 2/3/2012.)

Na hipótese dos autos, a recorrente não apresentou prova pré-constituída de que a autoridade impetrada estivesse na iminência de praticar qualquer ato concreto, tendo afirmando tão somente que, no caso, basta demonstrar os fatos, o enquadramento na situação concreta e a subsunção legal, razão por que não há como ser acolhido seu pleito.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

**AgInt no RMS 67.364 / GO
PROCESSO ELETRÔNICO**

Número Registro: 2021/0291670-2

Número de Origem:

5633867-23.2020.8.09.0000 563386723 56338672320208090000

Sessão Virtual de 09/08/2022 a 15/08/2022

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MMARRA DISTRIBUIDORA AUTOMOTIVA LTDA

ADVOGADO : JOÃO MARCELO NOVELLI AGUIAR - SP238376

RECORRIDO : ESTADO DE GOIAS

PROCURADOR : WAGNER JÔNATAS PORTELA MENDONÇA - GO024462

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - IMPOSTOS - ICMS/ IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE
MERCADORIAS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : MMARRA DISTRIBUIDORA AUTOMOTIVA LTDA

ADVOGADO : JOÃO MARCELO NOVELLI AGUIAR - SP238376

AGRAVADO : ESTADO DE GOIAS

ADVOGADO : WAGNER JÔNATAS PORTELA MENDONÇA - GO024462

TERMO

A PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 09/08/2022 a 15/08/2022, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 16 de agosto de 2022