

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 34.851 - MT (2011/0144530-2)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : TNT ARAÇATUBA TRANSPORTES E LOGÍSTICA S/A
ADVOGADO : SAVIO DE FARIA CARAM ZUQUIM E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE MATO GROSSO
PROCURADOR : ULINDINEI ARAÚJO BARBOSA E OUTRO(S)

DECISÃO

Trata-se de Recurso Ordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso assim ementado (fl. 203, e-STJ):

CONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA - COBRANÇA DE ICMS - PRELIMINAR DE AUSÊNCIA SUPERVENIENTE DE INTERESSE PROCESSUAL REJEITADA - EMBALAGEM RETORNÁVEL - VALOR NÃO COMPUTADO NO PREÇO DA MERCADORIA - OPERAÇÃO ISENTA DE IMPOSTO - DIREITO LÍQUIDO E CERTO VIOLADO - PRETENSÃO DE ESTENDER A CASOS FUTUROS - IMPOSSIBILIDADE - ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

Não configura perda superveniente do interesse processual o fato de a pretensão deduzida no writ não ter sido totalmente esvaziada pela decisão administrativa.

Não incide ICMS sobre as operações que envolvam a remessa ou retorno de embalagens que não fazem parte do produto transportado.

O mandado de segurança não se presta para atender a casos futuros, mas tão somente para atacar atos concretos da autoridade coatora.

A recorrente sustenta, em síntese, que "a parte da decisão que restringe o provimento jurisdicional somente aos fatos geradores já consumados está em desacordo com a jurisprudência pacificada no âmbito deste Egrégio Superior Tribunal de Justiça - STJ, que admite Mandado de Segurança preventivo" (fl. 230, e-STJ).

Aduz, ainda:

Ora, consoante já sustentado na exordia, a Recorrente pratica regularmente operações com embalagens sob a forma de "Racks Metálicos", as quais, invariavelmente, geram a incidência do diferencial de alíquotas do ICMS, com a constituição dos créditos tributários correspondentes - créditos estes já reconhecidamente indevidos - e inclusão na Conta-Corrente da empresa.

Nesse ponto, é remansosa a jurisprudência deste E. Superior Tribunal de Justiça admitindo a impetração de mandado de segurança para abranger as situações futuras caso haja possibilidade de futura exigência de tributo considerado ilegítimo.

Superior Tribunal de Justiça

(...)

Na presente hipótese, como já dito e corroborado pelos documentos acostados aos autos, a ora Recorrente pratica com habitualidade operações que geram a incidência do diferencial de alíquotas do ICMS sobre embalagens retornáveis (Racks Metálicos), evidenciando o fundado receio de exigência do tributo futuramente, que torna patente a necessidade de obtenção do provimento jurisdicional que albergue também operações futuras praticadas da mesma forma narrada na exordial. (fls. 233-234, e-STJ)

Requer, ao final, que se assegure "o seu direito líquido e certo de estender os efeitos do reconhecimento da ilegalidade da exigência do Diferencial de Alíquotas do ICMS, incidentes sobre operações com embalagem retornáveis denominadas 'Racks Metálicos' a todas as operações desta natureza que venham a ser praticadas" (fl. 237, e-STJ).

Contra-razões às fls. 262-272, e-STJ.

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso (fls. 294-298, e-STJ).

É o **relatório**.

Decido.

Os autos foram recebidos neste Gabinete em 31.8.2011.

Cinge-se a controvérsia a saber se o mandado de segurança contempla a extensão dos efeitos do reconhecimento da ilegalidade da exigência do Diferencial de Alíquotas do ICMS incidentes sobre operações com embalagens retornáveis denominadas "Racks Metálicos", a todas as operações futuras desta natureza.

A irresignação do recorrente não merece prosperar.

O Tribunal *a quo* consignou:

No que tange à pretensão de que as Autoridades Coatoras se abstenham da prática de quaisquer medidas relativas ao ICMS referentes às operações com rack metálico, penso não merecer acolhimento, tendo em vista que o *mandamus* não se presta a casos futuros, mas para repelir atos concretos ou preparatórios praticados por autoridade. (fl. 209, e-STJ)

O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a concessão do Mandado de Segurança não pode se estender a casos futuros. Cito os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. AUSÊNCIA DE JUSTO RECEITO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO EM RELAÇÃO A ATO FUTURO E GENÉRICO. ART. 1º, DA LEI N. 1.533/51.

1. Tendo havido manifestação do Tribunal de Origem a respeito

do caráter preventivo do mandado de segurança, ainda que de forma implícita, não restou configurada a violação ao art. 535, do CPC, havendo questionamento do art. 1º, da Lei n. 1.533/51.

2. O mandado de segurança preventivo não pode ser utilizado com o intuito de obter provimento genérico aplicável a todos os casos futuros de mesma espécie. Precedentes: MS n. 10.821 - DF, Primeira Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 13.7.2007; REsp. n. 438.693 - MT, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 24.8.2004; RMS 2622 / BA, Segunda Turma, Rel. Min. José de Jesus Filho. Rel. p/ Acórdão Min. Peçanha Martins, julgado em 15.2.1996; RMS n. 15.991 - AM, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 18.11.2003.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1064434 / SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 21/06/2011)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. COBRANÇA DE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE AS MERCADORIAS OBJETO DA AUTUAÇÃO FISCAL ERAM DESTINADAS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE OBRAS E ENGENHARIA. PRETENSÃO DE SE AFASTAR A EXIGÊNCIA EM RELAÇÃO ÀS OPERAÇÕES FUTURAS. IMPOSSIBILIDADE DE SE FIXAR, EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA, NORMA GERAL E ABSTRATA.

1. Da análise minuciosa da documentação que instruiu o presente mandamus, verifica-se que ela não é apta a comprovar que as mercadorias apreendidas — em relação às quais foi exigido o adicional de alíquota do ICMS — estavam sendo utilizadas na obra objeto da Autorização de Obras e Serviços 41/2005. Cumpre esclarecer que o fato de constar do contrato social da impetrante que ela se dedica a atividades de obras e engenharia relativas a energia elétrica, telefonia e comunicação, não faz presumir que todas as mercadorias por ela adquiridas são empregadas em suas obras. Nesse contexto, não há prova pré-constituída apta a comprovar que, no caso concreto, houve exigência indevida do diferencial de alíquota do ICMS. Tratando-se de mandado de segurança, cuja finalidade é a proteção de direito líquido e certo, não se admite dilação probatória, porquanto não comporta a fase instrutória, sendo necessária a juntada de prova pré-constituída apta a demonstrar, de plano, o direito alegado.

2. Não é possível, em sede de mandado de segurança, a fixação de norma geral e abstrata, destinada ao futuro, tendo em vista que, por expressa previsão constitucional, conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando houver concreta ameaça ou violação de direito líquido e certo (art. 5º, LXIX, da CF/88).

3. Recurso ordinário não provido.

(RMS 25266 / MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUE, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 15/04/2011)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DISCUSSÃO ACERCA DA INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE IMPORTAÇÃO DE EQUIPAMENTOS EM REGIME DE COMODATO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DO DIREITO ALEGADO. MANDAMUS NORMATIVO.

1. Mandado de segurança preventivo, no qual se pretende o reconhecimento de que "não há incidência do ICMS na importação, sob regime jurídico de comodato, de equipamentos e peças de reposição, pela impetrante, e que, em consequência, não pode a ilustre autoridade coatora criar embaraços à liberação dos bens", devendo ser determinada "àquela autoridade que aponha o 'visto fiscal' nos documentos de importação dos bens importados pela impetrante sob o regime de comodato, assim permitindo a liberação dos mesmos pela repartição alfandegária".

2. Alegada prova pré-constituída consistente em contrato de comodato firmado entre a empresa belga Société Internationale de Télécommunications A ronautiques - SITA e a impetrante (sociedade por quotas de responsabilidade limitada, na qual um dos sócios   o representante do comodante), com vigência de cinco anos, pelo qual àquela cede a esta, sem quaisquer  nus, equipamentos de telecomunica o e computa o (alguns em processo de importa o e outros a serem importados no curso do negócio jurídico), para uso, no Brasil, por sua rede internacional de clientes.

3. Ameaça ao direito líquido e certo fundada em precedente exigência fiscal de recolhimento de ICMS na importa o de bens, sob o regime de comodato, o que ensejou a impetra o de anterior mandado de segurança.

4. 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.

5. Outrossim,   cediço em doutrina que: "Direito líquido e certo   o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetra o. Por outras palavras, o direito invocado, para ser ampar vel por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condi oes de sua aplica o ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situa oes e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo   segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais." (Hely Lopes Meirelles, in Mandado de Segurança, Malheiros Editores, 26  Edic o atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, págs. 36/37).

6. Deveras, não se admite a impetra o de mandado de segurança com pedido genérico, de índole normativa, visando atingir futuras opera oes de importa o, tanto mais que   jurisprudência sumulada a que assenta que a coisa julgada tributária adstringe-se ao exercício no qual restou deferida (Súmula 239/STF).

7. Destarte, tratando-se de ICMS, matéria local,   possível a altera o do fato gerador, inalcan vel por decisão com efeito retrooperante.

Superior Tribunal de Justiça

8. Recurso especial desprovido.

(REsp 791421 / RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/04/2007, DJ 11/06/2007 p. 272)

Diante do exposto, **nos termos do art. 557, caput, do CPC, nego seguimento ao Recurso Ordinário.**

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 05 de setembro de 2011.

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator

