RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 19.019 - RJ (2004/0136862-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI**
RECORRENTE	:	ESCOLA SUÍÇO BRASILEIRA RIO DE JANEIRO E OUTRO
ADVOGADO	:	MAURO JUNIOR SERAPHIM E OUTROS
T. ORIGEM	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	:	SUPERINTENDENTE ESTADUAL DE FISCALIZAÇÃO DA SUBSECRETARIA ADJUNTA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E OUTRO
RECORRIDO	:	ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR	:	VERA LÚCIA KIRDEIKO E OUTROS

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS INCIDENTE SOBRE ENERGIA ELÉTRICA E TELEFONIA. SUBSTITUÍDO. LEGITIMIDADE ATIVA PARA A CAUSA. INSTITUIÇÃO DE ENSINO E ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 150, VI, *C*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REQUISITOS. ART. 14 DO CTN. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. AUSÊNCIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA.

1. O substituído, no regime de substituição tributária para frente do ICMS, tem legitimidade ativa para postular a compensação ou restituição de valores que entender indevidos, bem como o reconhecimento de imunidade tributária.

2. Mandado de segurança é instrumento para tutela do direito líquido e certo, ameaçado ou violado por ato de autoridade. Certeza e liquidez são requisitos que dizem respeito ao fato jurídico de que decorre o direito. *Ex facto oritur jus*. Só há direito líquido e certo quando o fato que lhe dá origem está demonstrado por prova inequívoca que, em se tratando de mandado de segurança, deve estar pré-constituída.

3. Sem a prova pré-constituída do preenchimento dos requisitos constantes do art. 14 do CTN, não há como tutelar, por via de mandado de segurança, o alegado direito à imunidade tributária constante do art. 150, VI, *c*, da Constituição.

4. Recurso ordinário a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Assistiu ao julgamento a Dra. MARÍLIA MONZILLO DE ALMEIDA AZEVEDO pela parte recorrida: ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Brasília, 22 de agosto de 2006.

MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
Relator

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 19.019 - RJ (2004/0136862-0)

RECORRENTE	:	ESCOLA SUÍÇO BRASILEIRA RIO DE JANEIRO E OUTRO
ADVOGADO	:	MAURO JUNIOR SERAPHIM E OUTROS
T. ORIGEM	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	:	SUPERINTENDENTE ESTADUAL DE FISCALIZAÇÃO DA SUBSECRETARIA ADJUNTA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E OUTRO
RECORRIDO	:	ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR	:	VERA LÚCIA KIRDEIKO E OUTROS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI:

Trazem os autos, originariamente, mandado de segurança impetrado por Escola Suíço-Brasileira do Rio de Janeiro e Associação Cristã de Moços do Rio de Janeiro em face do Secretário da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro e do Superintendente Estadual de Fiscalização da Subsecretaria Adjunta da Administração Tributária dessa Pasta, com o propósito de ver garantido seu direito de usufruir da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, *c*, da Constituição Federal, relativamente ao ICMS incidente sobre suas contas de energia elétrica e telefonia.

A liminar pleiteada foi indeferida (fl. 133) e a segurança denegada, restando o acórdão (fls. 142 a 147) assim ementado:

> "Mandado de segurança. Direito Constitucional e Tributário. Impetração objetivando isenção do ICMS cobrado em contas de luz e telefone com base nos arts. 150, VI, "c", da CF/88 e 14 do CTN. Injusto tributar aquele que auxilia o Estado ou até mesmo o substitui, no atendimento de serviços de interesse coletivo, como o fazem a maioria das pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos. Entretanto, há que se ter cuidado com a questão. Muitas vezes, aproveitando-se do nobre fim da imunidade em apreço, instituições que se definem sem fins lucrativos usam o dispositivo na tentativa de se eximirem do pagamento de tributos. Pelos Estatutos Sociais das impetrantes, são elas instituições que cobram pelo serviço prestado a seus associados e alunos. Não há comprovação de que atendem aos requisitos do art. 14 do CTN, (com nova redação dada pela LC 104/2001 e pela Instrução Normativa 71/73), faltando ainda, conforme exige a Lei 3.193/57, em seu art. 2º, requerimento perante a autoridade competente de declaração de isenção exigida para a imunização. Segurança denegada" (fl. 142).

Opostos embargos de declaração pelas impetrantes, foram desprovidos, à consideração de que inexiste qualquer lacuna a ser suprida.

No recurso ordinário (fls. 158-173), fundado no art. 105, II, *b*, da Constituição, as recorrentes sustentam, em síntese, que (a) são pessoas jurídicas sem fins lucrativos, dedicadas a atividades de educação e assistência social, conforme previsto em seus estatutos; (b) a documentação acostada à presente petição demonstra com clareza que o tributo recai efetivamente sobre as recorrentes, resultando em diminuição de seu patrimônio em favor dos cofres públicos, na medida em que a alíquota é das mais altas que se tem no sistema tributário

brasileiro, fato que consubstancia enriquecimento sem causa do ente tributante, por afronta ao art. 150, VI, *c*, da Constituição Federal; (c) indubitável que suportam todo o ônus financeiro e econômico do ICMS, na condição de contribuintes de fato, uma vez que o imposto comporta, por sua natureza, a transferência do respectivo encargo, motivo pelo qual têm legitimidade para figurar no pólo ativo da presente demanda; (d) preenchem as três condições para o usufruto da imunidade tributária em questão (art. 14 do CTN), porque "a documentação juntada aos autos dá conta de que mantêm a sua contabilidade de acordo com os parâmetros exigíveis por lei, não aplicando seus rendimentos fora do País, nem tampouco distribuindo parcelas do seu patrimônio" (fl. 160). Acrescentam que previsão da Lei Estadual 3.266/99, no sentido de que "fica proibida a cobrança de ICMS nas contas de serviços públicos estaduais – "água, luz e telefone" – a igrejas e templos de qualquer culto, desde que sejam próprios" (art. 1º), deve ser forçosamente estendida àquelas entidades cujo estatuto ou ato constitutivo preveja a prestação de assistência social. Requerem o provimento do presente recurso, para que se reconheça a inexistência de relação jurídica entre as recorrentes e o Estado do Rio de Janeiro que as submetam a suportar o ICMS exigido pela via indireta, mediante destaque na nota fiscal/fatura, nos casos de aquisição de energia elétrica e serviços de telecomunicação, em face da inconstitucionalidade da sua exigência (fl. 173).

Em contra razões (fls. 176-191), o Estado do Rio de Janeiro alega, em preliminar, a ilegitimidade ativa *ad causam* das impetrantes, porquanto a obrigação tributária de pagar o ICMS nas operações em tela é atribuída à empresa fornecedora da energia elétrica e à prestadora do serviço de comunicação. No mérito, aduz, em suma, que (a) inexiste nos autos prova pré-constituída do direito líquido e certo das recorrentes, não havendo a comprovação por elas do preenchimento dos requisitos necessários à fruição da imunidade tributária perseguida, previstos no art. 14 do CTN (além da gratuidade e generalidade do atendimento e que a entidade não tenha fins lucrativos); (b) de outra parte, é inviável tal comprovação com a mera juntada de documentos produzidos unilateralmente, porquanto imprescindível a realização de prova pericial de natureza contábil, impossível de ser produzida na via estreita do mandado de segurança; (c) "ademais, (...) há que se ter extremo cuidado em processos nos quais se discute a imunidade, sob pena de se premiar instituições que se definem sem fins lucrativos, quando na realidade são instituições destinadas à nata da população, tais como as das recorrentes, onde somente é possível estudar se portador de grandes recurso financeiros" (fl. 183); (d) a imunidade em questão é restrita aos impostos que recaiam sobre o patrimônio, a renda e os serviços das entidades indicados no texto constitucional (CRFB, art. 150, VI, c); (e) por fim, inaplicável a lei estadual 3.266/99, porque não pode o Judiciário atuar como legislador positivo, estendendo a determinada categoria de contribuintes benefício fiscal a ela não expressamente concedido, já que a isenção se sujeita ao princípio da reserva absoluta da lei.

O Ministério Público Federal, no parecer de fls. 201/204, opina pelo desprovimento do apelo e manutenção da decisão TJRJ, aduzindo que: (a) as recorrentes não preenchem os requisitos legais para o reconhecimento da imunidade constitucional; a primeira recorrente não concede bolsa de estudos para os que necessitam de ensino gratuito; quanto à segunda recorrente, seu Estatuto restringe a entrada de novos associados à satisfação de condições estabelecidas, não havendo comprovação de fornecimento de assistência aos necessitados, sendo igualmente de conhecimento de todos que a mesma cobra pela prestação dos serviços que oferece; (b) "o recolhimento e o repasse realizado entre a concessionária e o consumidor tem natureza comercial, resultante da relação de consumo de energia elétrica, daí que não são as autoridades apontadas como coatoras que estão forçando a impetrante a pagar o ICMS, na hipótese" (fl. 203); (c) outrossim, a imunidade não afasta a incidência de imposto sobre o

consumo, como é o caso do ICMS, mas apenas os impostos sobre o patrimônio (ITR, IPTU e IPVA), a renda (IR) e sobre serviços (ISS).

É o relatório.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 19.019 - RJ (2004/0136862-0)

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS INCIDENTE SOBRE ENERGIA ELÉTRICA E TELEFONIA. SUBSTITUÍDO. LEGITIMIDADE ATIVA PARA A CAUSA. INSTITUIÇÃO DE ENSINO E ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 150, VI, *C*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REQUISITOS. ART. 14 DO CTN. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. AUSÊNCIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA.

1. O substituído, no regime de substituição tributária para frente do ICMS, tem legitimidade ativa para postular a compensação ou restituição de valores que entender indevidos, bem como o reconhecimento de imunidade tributária.

2. Mandado de segurança é instrumento para tutela do direito líquido e certo, ameaçado ou violado por ato de autoridade. Certeza e liquidez são requisitos que dizem respeito ao fato jurídico de que decorre o direito. *Ex facto oritur jus*. Só há direito líquido e certo quando o fato que lhe dá origem está demonstrado por prova inequívoca que, em se tratando de mandado de segurança, deve estar pré-constituída.

3. Sem a prova pré-constituída do preenchimento dos requisitos constantes do art. 14 do CTN, não há como tutelar, por via de mandado de segurança, o alegado direito à imunidade tributária constante do art. 150, VI, *c*, da Constituição.

4. Recurso ordinário a que se nega provimento.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):

1. Não procede a preliminar levantada pelo recorrido de ilegitimidade ativa *ad causam* das recorrentes. Em que pese ser o ICMS um tributo indireto, é orientação assentada na 1ª Turma aquela segundo a qual o substituído, no regime de substituição tributária para frente do ICMS, tem legitimidade ativa para postular a compensação ou restituição de valores que entender indevidos. Nesse sentido os acórdãos proferidos no RESP 476.710/MT, Min. Teori Albino Zavascki, DJ 17.05.2004; ROMS 148.866/MT, Min. Luiz Fux, DJ 17.02.2003; AGRESP 235.362/RS, Min. Francisco Falcão, DJ 02.12.2002; ROMS 14.483/RJ, Min. Luiz Fux, DJ 03.10.2002; e RESP 327.623/MG, Min. José Delgado, DJ 18.10.2001, esse último assim ementado:

> "TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE. COMERCIALIZAÇÃO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. BASE DE CÁLCULO ESTABELECIDA POR ESTIMATIVA MAIOR QUE A REAL. DIREITO À RESTITUIÇÃO RECONHECIDO (CF, ART. 150, § 7º, E ART. 10, LC 87/96). LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DO CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO.
>
> (*omissis*)
>
> 3 – A partir da LC 87/96, o contribuinte 'substituído' passou a ter legitimidade para requerer a restituição de indébito de ICMS pago a maior no regime de 'substituição tributária para frente'. Precedentes.

(*omissis*)"

Tal entendimento, invocado para casos de restituição do indébito, é perfeitamente aplicável à hipótese dos autos, em que se busca o reconhecimento de imunidade tributária.

Especificamente sobre a sistemática de imposição do ICMS incidente nas operações de fornecimento de energia elétrica, sustenta Roque Antonio Carrazza não deter a empresa distribuidora a condição de contribuinte do imposto, mas sim de mera responsável pelo seu recolhimento, que faz em nome e por conta do consumidor final:

> "(...) A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não pode ser equiparada a um comerciante atacadista, que revende a mercadoria de seu estoque para varejista ou, mesmo, para consumidor final.
>
> De fato, a energia elétrica não é um bem susceptível de ser 'estocado' pela empresa distribuidora, para ulterior revenda, quando surjam possíveis interessados em adquiri-la.
>
> Na verdade, só há falar em operação jurídica relativa à circulação de energia elétrica no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade).
>
> (...)
>
> Logo, o tributo levará em conta todas as fases anteriores (produção, circulação, distribuição) que tornaram possível o consumo da energia elétrica. Estas fases anteriores, entretanto, não são dotadas de autonomia suficiente para ensejar *incidências* isoladas, mas *apenas uma*, tendo por sujeito passivo o consumidor final de energia elétrica.
>
> A distribuidora, conquanto importante neste contexto, não é — e nem pode vir a ser — contribuinte do imposto, justamente porque, a rigor, não pratica qualquer operação mercantil, mas apenas a viabiliza, nos termos acima expostos. Obviamente, a distribuidora de energia é passível de tributação por via de ICMS quando consome, para uso próprio, esta *mercadoria*. Não, porém, quando se limita a *interligar a fonte produtora ao consumidor final*. Este é que é o *sujeito passivo* da obrigação tributária, na condição de *contribuinte de direito* e, ao mesmo tempo, de *contribuinte de fato*.
>
> (...)
>
> Com isto não estamos absolutamente sustentando que a distribuição de energia elétrica é intributável por meio de ICMS. Isto, diga-se de passagem, contraria a própria Carta Magna. Estamos simplesmente enfatizando que tal tributação, em face das peculiaridades que cercam a *circulação de energia elétrica*, só é juridicamente possível no momento em que a energia elétrica é consumida.
>
> A distribuidora, ao colocar a energia elétrica à disposição do consumidor final, assume a condição de 'responsável' pelo recolhimento do ICMS. Melhor explicando, ela, no caso, *paga tributo a título alheio*, isto é, por conta do consumidor final. Este, na verdade, o contribuinte do ICMS, nas duas acepções possíveis: *contribuinte de direito* (porque integra o pólo passivo da obrigação tributária correspondente) e *contribuinte de fato* (porque suporta a carga econômica do tributo).
>
> Reforçando argumentos já exibidos, a distribuidora 'adianta' o ICMS devido — agora sim — pelo verdadeiro sujeito passivo: o consumidor final. É, em linguagem mais técnica, responsável tributária, na exata acepção do art. 121, parágrafo único, II, do CTN." (*ICMS*, 9ª edição, Malheiros Editores: São Paulo, 2002, pp. 197-199).

Veja-se, também, as considerações de Hugo de Brito Machado a respeito da questão, *verbis*:

"Tanto o substituto como o substituído, portanto, possuem legitimidade ativa ad causam para a propositura de ações questionando a validade de aspectos do regime, ou mesmo a sua totalidade. Ambos integram a relação jurídica tributária. O substituto tem o direito subjetivo de não pagar tributo indevido e de não ter de reter ou descontar tributo indevido, e o substituído tem o direito de não ter retido ou descontado tributo indevido. A única restrição que se faz diz respeito à ação de restituição do indébito, para a qual terá legitimidade quem provar haver efetivamente arcado com o ônus do tributo. Note-se que nessa hipótese será viável a prova, e aquele que tiver arcado com o tributo terá todo o interesse (de fato) em pleitear a sua restituição. Aplica-se, portanto, o art. 166 do Código Tributário Nacional, não para cercear o acesso ao judiciário, amesquinhando direitos fundamentais, mas para assegurar o acesso a quem teve direito violado. (...) Não é razoável admitir-se que alguém possua o dever de juridicamente arcar com o ônus do tributo, realize o fato gerador respectivo e não seja dotado de legitimidade para discutir essa exigência. Se o contribuinte substituído realiza o fato gerador, e se tem o dever de arcar com o ônus do tributo, que pelo substituto é em princípio apenas retido e entregue aos cofres públicos, é evidente que integra o pólo passivo da relação jurídica tributária, tendo todo o interesse em questionar sua validade". (Substituição Tributária e realidades afins - legitimidade ativa "ad causam", in Revista Dialética de Direito Tributário nº 68, maio de 2001, p. 68/69).

Independentemente de figurar na posição de substituído ou de contribuinte indireto do ICMS, deve ser reconhecida ao consumidor final, que arca com o ônus do tributo, a legitimidade para questionar sua incidência.

2. No que toca à pretensão de mérito da controvérsia, o que se questiona é se as impetrantes atendem aos requisitos estabelecidos pela Constituição e pela legislação aplicável para fazer jus à imunidade tributária. Dispõe o art. 150, VI, *c*, e § 4º, da Constituição Federal de 1988:

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

(...)

§ 4º A vedação do inciso VI, alíneas *b e c*, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas".

Por sua vez, o Código Tributário Nacional, no art. 14, tratando dos requisitos da imunidade, estabelece:

"Art. 14. O disposto na alínea *c* do inciso IV do art. 9º, é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I - não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a título de lucro ou participação no seu resultado.

II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus

> objetivos institucionais;
>
> III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão."

Discorrendo sobre a finalidade do instituto jurídico em questão, Aliomar Baleeiro, à luz da Constituição Federal de 1967/69, assim se manifesta:

> " a imunidade, para alcançar os efeitos de preservação, proteção e estímulo, inspiradores do constituinte, pelo fato de serem os fins das instituições beneficiadas também atribuições, interesses e deveres do Estado, deve abranger os impostos que, por seus efeitos econômicos, segundo as circunstâncias, desfalcariam o patrimônio, diminuiriam a eficácia dos serviços ou a integral aplicação das rendas aos objetivos específicos daquelas entidades presumidamente desinteressadas, por sua própria natureza. Essa última ponderação decorre da cláusula final- "observados os requisitos da lei" (CF, 1969, art. 19, III, *c*), que pressupõe, como acentua Pontes de Miranda, a cláusula do art. 31, V, *b*, da Constituição Federal de 1946, aliás, conservada no art. 14, II, do Código Tributário Nacional- "desde que as suas rendas sejam aplicadas integralmente no País para os respectivos fins" (Limitações constitucionais ao poder de tributar, 7º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 313).

Misabel Abreu Machado Derzi, em nota atualizadora da referida obra, ao comentar a importância de que sejam observados os requisitos legais para a configuração da imunidade tributária, dispõe o seguinte:

> "(...) A Constituição de 1988 refere-se expressamente à inexistência de fins lucrativos como *ratio essendi* da imunidade dessas atividades. Limita também a imunidade a suas finalidade essenciais, ou seja, dos partidos políticos, dos sindicatos e das instituições de educação e de assistência social, incorporando uma restrição apenas implícita no Texto magno anterior, mas já determinada expressamente pelo Código Tributário Nacional (art. 14) (...).
>
> É bastante justificável o temor de que, por meio de fraudes e simulações, a imunidade se expanda para alcançar, na prática, atividades desenvolvidas por motivos econômicos e interesses privados. Após a Constituição de 1988, nem mesmo os partidos políticos têm personalidade jurídica de direito público, mas adquirem personalidade "na forma da lei civil" (art. 17, § 2º). Cabe exigir que partidos políticos, sindicatos, instituições de educação e de assistência social cumpram a Constituição, a lei e que seus estatutos estejam adequados ao desempenho daquelas atividades essenciais que gozam de imunidade.
>
> Compete à Administração Fazendária fiscalizar a ausência de capacidade econômica, de fins lucrativos e de aplicação de renda no exterior das instituições de educação e de assistência social, razão pela qual não é suficiente verificar apenas a "não distribuição de lucros" durante a vida da associação ou da sociedade civil por meio do exame de seus livros e de balanço" (op. cit., pp. 317-319).

3. No caso, o atendimento dos referidos requisitos pelas impetrantes é questão fática controvertida. Não há nos autos comprovação a respeito. A juntada dos estatutos sociais das recorrentes, embora possa fazer prova do cumprimento do disposto no inciso I do art. 14 do CTN (*I - não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a título de lucro ou participação no seu resultado*), não permite a verificação, de plano, do efetivo cumprimento do estabelecido nos incisos II e III (*II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais*; *III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão*.) Ora, mandado de segurança é instrumento para tutela do direito líquido e certo,

ameaçado ou violado por ato de autoridade. O direito nasce do fato (*ex facto oritur jus*). Certeza e liquidez são requisitos que dizem respeito ao fato jurídico de que decorre o direito. Daí afirmar-se que só há direito líquido e certo quando o fato jurídico que lhe dá origem está demonstrado por prova inequívoca, que, em se tratando de mandado de segurança, deve estar pré-constituída (ROMS 18.336/PR, 5ª Turma, Min. Laurita Vaz, DJ de 13.09.2004; ROMS 8.647/PR, 6ª Turma, Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 21.06.2004; ROMS 15.249/MT, 3ª Turma, Min. Menezes Direito, DJ de 17.05.2004). Assim, para viabilizar a tutela do direito pela via mandamental é indispensável estar demonstrado de forma cabal e inequívoca e por prova pré-constituída a existência do fato constitutivo do direito alegado. Na hipótese presente, o reconhecimento do direito invocado (imunidade quanto ao ICMS incidente sobre o serviço de fornecimento de energia elétrica e telefonia) supõe o enquadramento das impetrantes como instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos – o que, por conseguinte, se vincula ao preenchimento dos requisitos legais (art. 14 do CTN).

Assim, não há falar em direito líquido e certo das recorrentes.

4. Em hipótese análoga a 2ª. Turma desta Corte, no julgamento do RMS 19.671 – RJ (Min. João Otávio de Noronha, DJ de 10/10/2005), assim decidiu:

> PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ENTIDADE FILANTRÓPICA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 150, VI, 'C', DA CF. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.
>
> 1. É incompatível com o rito do mandado de segurança dilação probatória para averiguação do direito invocado.
>
> 2. O art. 150, VI, "c", da Constituição Federal garante imunidade tributária apenas em relação ao respectivo patrimônio, renda e serviços prestados pelas entidades sem fins lucrativos, não alcançando, por conseguinte, o método de formação de preços na prestação de serviços que lhes sejam prestados por terceiros.
>
> 3. Inexistência de direito líquido e certo a ser amparado na via do mandamus.
>
> 4. Recurso ordinário não-provido.
>
> (...)
>
> No presente *mandamus* , pretendem as impetrantes eximirem-se do recolhimento do ICMS incluído nas contas de energia elétrica e telecomunicações de seus estabelecimentos, ao argumento de que gozam da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, "c", da Constituição Federal, enquanto obedecerem aos ditames do art. 14 do Código Tributário Nacional.
>
> (...)
>
> Destarte, o reconhecimento da imunidade tributária das instituições de educação e de assistência social sem fins lucrativos está condicionado à comprovação do cumprimento dos requisitos elencados no art. 14 do CTN.
>
> *In casu*, não cuidaram as impetrantes de comprovar, de modo inconteste, como deveriam tê-lo feito, que preenchem os requisitos do art. 14 do CTN ou que já fizeram tal demonstração no órgão tributário competente, possuindo registro próprio a respeito, de modo que se faz necessária dilação probatória para averiguação do direito invocado, o que se afigura incompatível com o rito do mandado de segurança.
>
> (...)
>
> Desse modo, entendo que não há direito líquido e certo das impetrantes a ser resguardado na via do *mandamus* , motivo pelo qual nego provimento ao recurso

ordinário.

5. Diante do exposto, não havendo direito líquido e certo a ser protegido pela via estreita do mandado de segurança, nego provimento ao recurso ordinário.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2004/0136862-0 **RMS 19019 / RJ**

Número Origem: 200300400505

PAUTA: 22/08/2006 JULGADO: 22/08/2006

Relator
Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretária
Bela. MARIA DO SOCORRO MELO

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	ESCOLA SUÍÇO BRASILEIRA RIO DE JANEIRO E OUTRO
ADVOGADO	:	MAURO JUNIOR SERAPHIM E OUTROS
T. ORIGEM	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	:	SUPERINTENDENTE ESTADUAL DE FISCALIZAÇÃO DA SUBSECRETARIA ADJUNTA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E OUTRO
RECORRIDO	:	ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR	:	VERA LÚCIA KIRDEIKO E OUTROS

ASSUNTO: Tributário - ICMS - Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - Imunidade

SUSTENTAÇÃO ORAL

Assistiu ao julgamento a Dra. MARÍLIA MONZILLO DE ALMEIDA AZEVEDO pela parte recorrida: ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

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, negou provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Denise Arruda, José Delgado, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 22 de agosto de 2006

MARIA DO SOCORRO MELO
Secretária