



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2042515 - MS (2022/0175426-7)

RELATORA : **MINISTRA REGINA HELENA COSTA**
AGRAVANTE : ONCO PROD DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS HOSPITALARES
E ONCOLOGICOS LTDA E FILIAL(IS)
AGRAVANTE : HOSP - LOG COMERCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA
E FILIAL(IS)
AGRAVANTE : NORPROD DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS HOSPITALARES
LTDA
ADVOGADOS : ALINE BRIAMONTE DA SILVEIRA - SP281653
DANIEL RODRIGUES CAMIN MATOS - SP305562
FELIPE COSTA FERREIRA - SP402665
AGRAVADO : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : FERNANDO CESAR CAURIM ZANELE - MS009780B

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO GENÉRICA DE OFENSA A DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA N. 284/STF. OFENSA À SÚMULA. CONCEITO DE TRATADO OU LEI FEDERAL. NÃO ENQUADRAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 518/STJ. MANDADO DE SEGURANÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 266/STF. INCIDÊNCIA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II – A Corte de origem apreciou todas as questões relevantes apresentadas com fundamentos suficientes, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao posicionamento jurisprudencial aplicável à hipótese. Inexistência de omissão.

III – A jurisprudência desta Corte considera que quando a arguição de ofensa ao dispositivo de lei federal é genérica, sem demonstração efetiva da contrariedade, aplica-se, por analogia, o entendimento da Súmula n. 284, do Supremo Tribunal Federal.

IV – Consoante pacífica jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o conceito de tratado ou lei federal, previsto no art. 105, inciso III, a, da Constituição da República, deve ser considerado em seu sentido estrito, não compreendendo súmulas de Tribunais, bem como atos administrativos normativos. Incidência da Súmula n. 518 do Superior Tribunal de Justiça.

V – *In casu*, rever o entendimento do Tribunal de origem, o qual consignou a

inadequação da via eleita, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 7/STJ.

VI – A pretensão colide com a orientação constante do enunciado da Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal segundo a qual "não cabe mandado de segurança contra lei em tese".

VII – O recurso especial, interposto pela alínea a e pela alínea c, do inciso III, do art. 105, da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência dessa Corte, a teor da Súmula 83/STJ.

VIII – As Agravantes não apresentam, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

IX – Em regra, descabe a imposição da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015 em razão do mero desprovimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

X – Agravo Interno improvido.

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 07/03/2023 a 13/03/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Gurgel de Faria e Paulo Sérgio Domingues votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 13 de março de 2023.

REGINA HELENA COSTA

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2042515 - MS (2022/0175426-7)

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA
AGRAVANTE : ONCO PROD DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS HOSPITALARES E ONCOLOGICOS LTDA E FILIAL(IS)
AGRAVANTE : HOSP - LOG COMERCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA E FILIAL(IS)
AGRAVANTE : NORPROD DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA
ADVOGADOS : ALINE BRIAMONTE DA SILVEIRA - SP281653
DANIEL RODRIGUES CAMIN MATOS - SP305562
FELIPE COSTA FERREIRA - SP402665
AGRAVADO : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : FERNANDO CESAR CAURIM ZANELE - MS009780B

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO GENÉRICA DE OFENSA A DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA N. 284/STF. OFENSA À SÚMULA. CONCEITO DE TRATADO OU LEI FEDERAL. NÃO ENQUADRAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 518/STJ. MANDADO DE SEGURANÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 266/STF. INCIDÊNCIA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II – A Corte de origem apreciou todas as questões relevantes apresentadas com fundamentos suficientes, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao posicionamento jurisprudencial aplicável à hipótese. Inexistência de omissão.

III – A jurisprudência desta Corte considera que quando a arguição de ofensa ao dispositivo de lei federal é genérica, sem demonstração efetiva da contrariedade, aplica-se, por analogia, o entendimento da Súmula n. 284, do Supremo Tribunal Federal.

IV – Consoante pacífica jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o conceito de tratado ou lei federal, previsto no art. 105, inciso III, a, da Constituição da República, deve ser considerado em seu sentido estrito, não compreendendo súmulas de Tribunais, bem como atos administrativos normativos. Incidência da Súmula n. 518 do Superior Tribunal de Justiça.

V – *In casu*, rever o entendimento do Tribunal de origem, o qual consignou a

inadequação da via eleita, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 7/STJ.

VI – A pretensão colide com a orientação constante do enunciado da Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal segundo a qual "não cabe mandado de segurança contra lei em tese".

VII – O recurso especial, interposto pela alínea a e pela alínea c, do inciso III, do art. 105, da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência dessa Corte, a teor da Súmula 83/STJ.

VIII – As Agravantes não apresentam, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

IX – Em regra, descabe a imposição da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015 em razão do mero desprovimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

X – Agravo Interno improvido.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo Interno interposto contra a decisão que conheceu em parte e negou provimento ao Recurso Especial, fundamentada na ausência de omissão e na aplicação da Súmula n. 284/STF, por analogia, e das Súmulas ns. 7/STJ, 83/STJ e 518/STJ.

Sustentam as Agravantes, em síntese, a ofensa aos arts. 489 e 1.022 do CPC, bem como a inaplicabilidade das referidas Súmulas.

Apontam que "Ao contrário do que a r. decisão monocrática aduz, a arguição de ofensa ao dispositivo de lei federal pelas Agravantes não foi feita de forma genérica e a fundamentação recursal não foi tampouco deficiente, pois a extinção do mandado de segurança sem resolução do mérito foi baseada erroneamente no art. 485, IV (ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo) e VI (ausência de legitimidade ou de interesse processual) do CPC" (fl. 735e).

Aduzem que "é patente a ofensa ao preceito do art. 1.022, II, do CPC c/c art. 489, § 1º, IV e V, pois o Tribunal de origem omitiu-se em questão essencial (identificar o caráter repressivo do mandado de segurança e afastar a aplicação da Súmula 266/STF e o entendimento equivocado de que a ação seria inadequada" (fl. 737e).

Afirmam que não se aplica a Súmula n. 518/STJ, porquanto "não fundamentaram seu Apelo Especial com base em contrariedade à Súmula 266/STF. A alegação dessa súmula foi necessária porque o acórdão objurgado nela fundamentou-se" (fl. 740e).

Alegam que a "a utilização de mandado de segurança neste processo, tal como a do 'leading case', não reclama nenhuma revisão do acervo fático-probatório. Ademais, quanto à questão adequação do uso do mandado de segurança e de seu caráter repressivo, não há que se cogitar de nenhuma necessidade de incurso no

acervo ático-probatório, porquanto o próprio acórdão recorrido já reconheceu (i) a vigência de norma tributária que impõe a cobrança de tributo e (ii) a juntada, na petição inicial, de comprovante de pagamento do tributo a evidenciara condição de contribuinte" (fls. 742/743e).

No mais, defendem a inaplicabilidade da Súmula n. 83/STJ ao argumento de que os precedentes suscitados não apontam nenhuma jurisprudência do STJ e, ainda, que "o 'leading case' Tema nº 1093 (RE 1.287.019) do STF decorre de ação mandamental, idêntica à ação mandamental das Agravantes, razão pela qual a Corte de origem deveria ter reconhecido a adequação da via mandamental para discutir o mesmo tema" (fl. 748e).

Por fim, requerem o provimento do recurso, a fim de que seja reformada a decisão impugnada ou, alternativamente, sua submissão ao pronunciamento do colegiado.

Impugnação às fls. 760/767e, com pedido de aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, o CPC.

É o relatório.

VOTO

Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

Não assiste razão às Agravantes.

Conforme anteriormente apontado, não verifico a omissão apontada.

O art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015 dispõe o cabimento de embargos de declaração para: *i)* esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; *ii)* suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; e, *iii)* corrigir erro material.

Com efeito, a omissão, definida expressamente pela lei, ocorre na hipótese de a decisão deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento.

O Estatuto Processual considera, ainda, omissa, a decisão que incorra em qualquer uma das condutas descritas em seu art. 489, § 1º, no sentido de não se considerar fundamentada a decisão que: *i)* se limita à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; *ii)* emprega conceitos jurídicos indeterminados; *iii)* invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; *iv)* não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo

capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; v) invoca precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes, nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; e, vi) deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Cumprе ressaltar que o inciso IV do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015 impõe a necessidade de enfrentamento, pelo julgador, dos argumentos que possuam aptidão, em tese, para infirmar a fundamentação do julgado embargado.

Nesse entendimento:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço.

2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.

3. No caso, entendeu-se pela ocorrência de litispendência entre o presente mandamus e a ação ordinária n. 0027812-80.2013.4.01.3400, com base em jurisprudência desta Corte Superior acerca da possibilidade de litispendência entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, na ocasião em que as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas.

4. Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios em virtude, tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora atacada, não se divisando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquirir tal decisum.

5. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra DIVA MALERBI – DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 15/06/2016.)

Da leitura do acórdão integrativo depreende-se que a controvérsia foi examinada de forma satisfatória, mediante firme posicionamento jurisprudencial aplicável.

O procedimento encontra amparo em reiteradas decisões no âmbito desta Corte Superior, de cujo teor merece destaque a rejeição dos embargos declaratórios uma vez ausentes os vícios do art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015 (v.g. Corte Especial, EDcl no AgRg nos EREsp 1.431.157/PB, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 29.06.2016; 1ª Turma, EDcl no AgRg no AgRg no REsp

1.104.181/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 29.06.2016; e 2ª Turma, EDcl nos EDcl no REsp 1.334.203/PR, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe de 24.06.2016).

Em relação à afronta ao art. 485, IV e VI do CPC/2015, verifica-se a ausência de demonstração precisa de como tal violação teria ocorrido, limitando-se a parte recorrente em apontá-la de forma vaga, o que impede o conhecimento do recurso especial.

Desse modo, nos casos em que a arguição de ofensa ao dispositivo de lei federal é genérica, sem demonstração efetiva da contrariedade, aplica-se ao recurso especial, por analogia, a incidência da orientação contida na Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual *“É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”*.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENERGIA ELÉTRICA. ALEGAÇÕES GENÉRICAS DE VIOLAÇÃO AOS DISPOSITIVOS LEGAIS. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. AÇÃO DE COBRANÇA. DÉBITO DE TERCEIRO. OBRIGAÇÃO DE NATUREZA PESSOAL. RESPONSABILIDADE DO CONSUMIDOR QUE EFETIVAMENTE UTILIZOU O SERVIÇO.

1. O recurso especial não pode ser conhecido no tocante à alegada ofensa à Resolução ANEEL 456/00. Isso porque o referido ato normativo não se enquadra no conceito de “tratado ou lei federal” de que cuida o art. 105, III, a, da CF.

2. A mera indicação dos dispositivos legais tidos por violados, sem que haja demonstração clara e objetiva de como o acórdão recorrido teria malferido a legislação federal, não enseja a abertura da via especial, devendo a parte recorrente demonstrar os motivos de sua insurgência, o que não ocorreu no caso em exame. Hipótese em que incide a Súmula 284/STF, por deficiência na fundamentação.

(...)

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 401.883/PE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 18/02/2014.)

PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ACÓRDÃO ASSENTADO EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE FOI INTERPOSTO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF.

(...)

3. No que tange à apontada violação do art. 292 do Código de Processo Civil, a insurgente restringe-se a alegar genericamente ofensa à citada norma sem, contudo, demonstrar de forma clara e fundamentada como o aresto recorrido teria violado a legislação federal apontada.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 441.462/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 07/03/2014.)

Consoante pacífica jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o conceito de tratado ou lei federal, previsto no art. 105, inciso III, a, da Constituição da República, deve ser considerado em seu sentido estrito, não compreendendo súmulas de Tribunais, bem como atos administrativos normativos.

Nessa linha, a orientação firmada por esta Corte na Súmula 518 segundo a qual *“para fins do art. 105, III, a, da Constituição Federal, não é cabível recurso especial fundado em alegada violação de enunciado de súmula”*.

Nesse sentido, impõe-se o não conhecimento do recurso especial quanto à alegação de ofensa à Súmula n. 266/STJ.

Quanto à ofensa ao art. 1º da Lei n. 12.016/2009, acolher a pretensão recursal de que “[...] o julgamento do Recurso de Apelação desprezou totalmente os elementos fáticos-probatórios delineados na exordial, os quais jamais autorizariam o julgamento terminativo sob a invocação da súmula 266/STF. Isso porque as Recorrentes são contribuintes de ICMS, destinam mercadorias ao território do Mato Grosso do Sul e comprovaram a cobrança do imposto (fls. 101-105), razão pela qual não se poderia alegar que a ação discutiria lei em tese” demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 07 desta Corte, assim enunciada: *“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”*.

No mais, o tribunal de origem concluiu pela inadequação da via eleita, nos seguintes termos (fls. 489/491e):

E diante desse cenário, ainda que seja possível a impetração de mandado de segurança para evitar algum risco, esta via processual não pode ser utilizada para proteger evento incerto e genérico, mesmo que, do ponto de vista jurisprudencial, haja referência favorável às apelantes, referente à cobrança do ICMS da forma como estabelecida nas cláusulas 1ª, 2ª, 3ª, 6ª e 9ª, do Convênio ICMS nº 93/2015 (ilegalidade do recolhimento do adicional de alíquota do ICMS para o Fundo de Combate à Pobreza, por ausência de lei complementar sobre o tema).

Logo, tem razão o impetrado ao suscitar a inadequação da via eleita.

Isto porque, a causa de pedir e os pedidos formulado pelos impetrantes, restaram assim descritos:

1) Causa de pedir, em resumo:

“O objetivo da presente impetração consiste na obtenção de segurança para afastar a cobrança do Diferencial de Alíquotas de ICMS – DIFAL sobre operações interestaduais de mercadorias destinadas a consumidores finais localizados no Estado de Mato Grosso do Sul, haja vista a inconstitucionalidade da Cláusula Segunda do Convênio CONFAZ ICMS nº 93/2015 e legislação do Estado de Mato Grosso do Sul”. (f. 02) 2) Pedidos e requerimentos:

“31. Porquanto exposto, requer seja conhecida a presente ação mandamental e julgada totalmente procedente, para que:

(i) seja concedida tutela liminar para reconhecer o direito das Impetrantes de realizarem depósitos judiciais relacionados ao DIFAL a partir da presente impetração, com fundamento na Súmula 112 do Superior Tribunal de

Justiça, com a consequente suspensão de exigibilidade a teor do artigo 151, II do CTN;

(ii) seja notificada a Autoridade Impetrada, nos termos do art. 7º da Lei n.º 12.016, para que, dentro do prazo de 10 dias, prestem as informações;

(iii) seja feita a oitiva do Ministério Público Estadual;

(iv) seja concedida a segurança, confirmando-se a liminar ora requerida (e mantidos os seus efeitos), para assegurar às Impetrantes, definitivamente, o direito de, - sem ficarem sujeitas à imposição de qualquer sanção, penalidade, restrição ou limitação de direitos -, deixarem de recolher o DIFAL ao Estado de Mato Grosso do Sul, relativamente a operações interestaduais envolvendo mercadorias remetidas a consumidores finais situados neste Estado, enquanto não vierem a ser editadas Lei Complementar nacional para regulamentar a EC nº 87/15 e, posteriormente, lei estadual que institua esses impostos em conformidade com essa lei complementar, respeitados ainda os princípios da anterioridade de exercício e da anterioridade nonagesimal;

(v) seja reconhecido o direito à compensação dos créditos provenientes dos recolhimentos a maior e indevidos, realizados desde os últimos cinco anos, corrigidos monetariamente pela SELIC, nos termos da legislação tributária vigente." (f. 10-11) Embora seja possível o manejo de mandado de segurança para cessar os efeitos de ato realizado por autoridade coatora, com base em lei inconstitucional, mostra-se imprescindível, contudo, que exista a prática do ato, sendo esse o único objeto apreciável em sede de ação mandamental, pois, como cediço, é utópico que o pedido de inconstitucionalidade da norma aplicada pela autoridade coatora constitua o objeto principal da impetração.

Pela leitura dos pedidos formulados pelos apelantes, fica evidenciado que sua pretensão tem natureza preventiva e se volta contra a provável repetição das mesmas cobranças realizadas pelo Fisco, tanto que foram relatadas na inicial e no pedido.

A propósito tem sido afastada a possibilidade do manejo de mandado de segurança contra lei em tese, especialmente, se não evidenciado que a lei questionada tenha gerado efeito concreto prejudicial aos impetrantes.

Na realidade, para a eventual concessão da ordem pleiteada, deve antes ser declarada a inconstitucionalidade do ICMS – DIFAL e do FECF, pretensão que esbarra na súmula n. 266 do STF, cujo teor se destaca:

"Súmula n. 266. Não cabe mandado de segurança contra lei em tese".

Assim, mostra-se inviável determinar à autoridade coatora, genericamente, que se abstenha de efetuar a cobrança do DIFAL-ICMS.

Ademais, o C. STF tem orientação pacífica no sentido do não cabimento de mandado de segurança contra lei ou ato normativo em tese, uma vez inaptos para provocar lesão a direito líquido e certo.

Desta feita, é que se tem concluído que, somente com a concretização do ato administrativo com base na lei impugnada, poderá ser viável a impetração, com o espaço para o exame de pedido incidental de inconstitucionalidade de norma questionada na via do mandamus.

Outrossim, da análise dos autos, verifica-se que a pretensão não se insurge contra nenhum ato concreto, mas contra possíveis e prováveis alcances da norma impugnada, sob a alegação de inconstitucionalidade e ilegalidade.

Todavia, não há demonstração de ato coator sobre esse aspecto, porque foram juntadas apenas algumas Guias Nacionais de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE, relativas a 14 e 15/02/2021, as quais não possuem qualquer descrição da origem da cobrança, não sendo possível dizer que é a tal diferença de alíquota (DIFAL), ou não, e, desse modo, resta evidenciada a ausência de ato coator.

Destarte, tal pleito não se coaduna com a via do mandado de segurança,

que visa à garantia de direito líquido e certo contra ato abusivo e ilegal, tampouco se admite a dilação probatória a fim de comprovar que o Estado de Mato Grosso do Sul esteja cobrando o ICMS/DIFAL ou haja o potencial dessa cobrança ou qualquer outra medida que restrinja o direito dos apelantes.

No caso, o posicionamento do tribunal de origem está em sintonia com a orientação consolidada neste Superior Tribunal, como o demonstram os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. COBRANÇA DE DIFAL-ICMS. IMPOSSIBILIDADE DE IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE. SÚMULA Nº 266 DO STF. PRECEDENTES. ANÁLISE DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL (INCONSTITUCIONALIDADE DO CONVENIO CONFAZ ICMS 93/2015). COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Cuida-se na origem de mandado de segurança preventivo impetrado por contribuinte no qual deduz a inconstitucionalidade do Convênio n.º 93/2015, uma vez que não houve a edição de lei complementar nacional para regulamentar o disposto na Emenda à Constituição 87/2015, consoante a exigência dos artigos 146, III, "a", 155, da Constituição Federal.

2. Afastada a alegada ofensa aos arts. 489 e 1.022 do CPC, eis que o acórdão recorrido se manifestou de forma clara e fundamentada sobre a matéria posta em debate na medida necessária para o deslinde da controvérsia.

3. A pretensão recursal é, mesmo que indiretamente, de declaração da inconstitucionalidade da exigência do diferencial de alíquota do ICMS. A questão relativa à análise de constitucionalidade do Convênio Confaz ICMS 93/2015 não se admite em sede de mandado de segurança, o que atrai a incidência, na espécie, da Súmula nº 266 do STF (Não cabe mandado de segurança contra lei em tese), em conformidade com a orientação firmada pela Primeira Seção do STJ, por ocasião do julgamento, sob o rito do art. 543-C do CPC/73, do REsp 1.119.872/RS.

4. Não se desconhece do entendimento do STF firmado em repercussão geral, Tema 1.093, no sentido de que "A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais", conforme inclusive ressaltado no Parecer Ministerial de fls. 641-644 e-STJ. Contudo, em razão da impossibilidade de mandado de segurança contra lei em tese, na forma da Súmula nº 266 do STF, deve ser mantido o acórdão recorrido quanto à extinção do feito sem resolução de mérito. A Segunda Turma desta Corte já se manifestou no mesmo sentido do quanto aqui declinado (AgInt no RMS 63.558/MA, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 31/5/2021).

5. Não cabe a esta Corte a análise de matéria constitucional ou determinar que seja aplicado entendimento adotado pelo STF em matéria constitucional, sobretudo quando existe nos autos agravo em recurso extraordinário, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

6. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp n. 2.046.830/DF, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 22/8/2022, DJe de 25/8/2022.)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. COBRANÇA DE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. AGRAVO INTERNO. ALEGAÇÕES DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO. INEXISTENTES.

I - Na origem, trata-se de mandado de segurança impetrado por Riquena Neto Ar Condicionado Ltda. contra ato atribuído ao Secretário da Fazenda do Estado do Maranhão, objetivando afastar a cobrança de diferencial de alíquota de ICMS (DIFAL). No Tribunal a quo, denegou-se a segurança. Nesta Corte, não se conheceu do recurso ordinário em mandado de segurança.

II - Opostos embargos de declaração, aponta a parte embargante vícios no acórdão embargado. Não há vício no acórdão. A matéria foi devidamente tratada com clareza e sem contradições.

III - Embargos de declaração não se prestam ao reexame de questões já analisadas, com o nítido intuito de promover efeitos modificativos ao recurso, quando a decisão apreciou as teses relevantes para o deslinde do caso e fundamentou sua conclusão.

IV - A matéria relacionada ao afastamento da cobrança do diferencial de ICMS foi devidamente tratada no acórdão embargado, conforme se percebe do seguinte trecho: "... Na espécie, a parte recorrente sustenta o afastamento da cobrança do diferencial de ICMS estabelecida pelo Convênio ICMS n. 93/2015, sustentando que o referido imposto somente pode ser instituído e cobrado pelo ente federativo após a edição de lei complementar que venha a regulamentar a Emenda Constitucional n. 87/2015. Assim, verifica-se que a pretensão recursal é, mesmo que indiretamente, de declaração da inconstitucionalidade da exigência do diferencial de alíquota do ICMS. Em outras palavras, o pedido de afastamento da cobrança do DIFAL requer a análise da constitucionalidade do Convênio ICMS n. 93/2015 do Conselho Nacional de Política Fazendária Confaz, com fundamento na Emenda Constitucional n. 87/2015. Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça fixou, no julgamento do REsp n. 1.1198.72/RJ, a tese, em recursos repetitivos, de que "é incabível mandado de segurança que tem como pedido autônomo a declaração de inconstitucionalidade de norma, por se caracterizar mandado de segurança contra lei em tese" (Tema n. 430/STJ). No mesmo sentido é o Enunciado Sumular n. 266/STF ("Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.").

V - Os aclaratórios não se prestam ao reexame de questões já analisadas com o nítido intuito de promover efeitos modificativos ao recurso.

VI - Considerando que os embargos são manifestamente protelatórios, condeno a parte embargante a pagar ao embargado multa de 2% sobre o valor atualizado da causa. (art. 1.026, § 2º, do CPC/2015). VII - Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl nos EDcl no AgInt no RMS n. 63.558/MA, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 9/11/2021, DJe de 11/11/2021.)

Nesse cenário, incide no feito a Súmula n. 83/STJ, que se aplica tanto aos recursos especiais interpostos pela alínea a quanto pela c do permissivo constitucional.

Assim, em que pesem as alegações trazidas, os argumentos apresentados são insuficientes para desconstituir a decisão impugnada.

No que se refere à aplicação do art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, a orientação desta Corte é no sentido de que o mero inconformismo com a decisão agravada não

enseja a imposição da multa, não se tratando de simples decorrência lógica do não provimento do recurso em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso. Nessa linha: Corte Especial, AgInt nos EAREsp n. 1.043.437/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, j. 13.10.2021; e 1ª S., AgInt nos EREsp n. 1.311.383/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, j. 14.09.2016.

Apesar do improvimento do recurso, não restou configurada a manifesta inadmissibilidade, razão pela qual afasto a apontada multa.

Posto isso, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

AgInt no REsp 2.042.515 / MS

PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2022/0175426-7

Número de Origem:

08060315820218120001 0806031582021812000150000 0806031582021812000150001
0806031582021812000150002 8060315820218120001 806031582021812000150000 806031582021812000150001
806031582021812000150002

Sessão Virtual de 07/03/2023 a 13/03/2023

Relator do AgInt

Exma. Sra. Ministra REGINA HELENA COSTA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Secretário

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ONCO PROD DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS HOSPITALARES E ONCOLOGICOS
LTDA E FILIAL(IS)

RECORRENTE : HOSP - LOG COMERCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA E FILIAL(IS)

RECORRENTE : NORPROD DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA

ADVOGADOS : ALINE BRIAMONTE DA SILVEIRA - SP281653

DANIEL RODRIGUES CAMIN MATOS - SP305562

FELIPE COSTA FERREIRA - SP402665

RECORRIDO : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PROCURADOR : FERNANDO CESAR CAURIM ZANELE - MS009780B

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - IMPOSTOS - ICMS/ IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE
MERCADORIAS - ICMS / INCIDÊNCIA SOBRE O ATIVO FIXO

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : ONCO PROD DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS HOSPITALARES E ONCOLOGICOS
LTDA E FILIAL(IS)

AGRAVANTE : HOSP - LOG COMERCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA E FILIAL(IS)

AGRAVANTE : NORPROD DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA

ADVOGADOS : ALINE BRIAMONTE DA SILVEIRA - SP281653

DANIEL RODRIGUES CAMIN MATOS - SP305562

FELIPE COSTA FERREIRA - SP402665

AGRAVADO : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PROCURADOR : FERNANDO CESAR CAURIM ZANELE - MS009780B

TERMO

A PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 07/03/2023 a 13/03/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Gurgel de Faria e Paulo Sérgio Domingues votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 14 de março de 2023