



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 39.587 - MS
(2012/0234258-7)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : BUD COMÉRCIO DE ELETRODOMÉSTICOS LTDA E OUTRO
ADVOGADOS : ERNESTO PEREIRA BORGES FILHO
RENATO CHAGAS CORRÊA DA SILVA E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : FERNANDO CESAR C ZANELE E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECRETO 13.162/2011. PROTOCOLO CONFAZ 21/11. ICMS SOBRE OPERAÇÕES REALIZADAS POR REPRESENTANTES DA EMPRESA IMPETRANTE. PEDIDO GENÉRICO. ATAQUE AO CARÁTER NORMATIVO INADMISSIBILIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE.

1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança no qual os recorrentes buscam impedir que o Estado do Mato Grosso do Sul, por meio das autoridades coatoras, exija delas o pagamento do tributo inconstitucional criado pelo Protocolo ICMS CONFAZ 21/11, que se encontra em plena vigência, incidente sobre as vendas realizadas diariamente pelas impetrantes, por telefone ou *internet*.

2. O Tribunal de Justiça acolheu a preliminar de carência de ação alegada pelo Estado, extinguindo, por conseguinte, o presente *mandamus*, sob o fundamento de que "o presente writ, de fato, não ataca atos concretos passados e tampouco atos futuros determináveis, tendo em vista que, segundo se infere do próprio pedido, a impetrante requer a concessão de uma ordem judicial com objetivo de normalizar, através de um comando geral e abstrato, situações futuras e indeterminadas" (fls. 407-408, e-STJ).

3. Na hipótese em exame, o que se tem é um ataque direto e frontal ao conteúdo da norma, e é por isso que não se mostra possível a comprovação, de plano, de direito líquido e certo a ser tutelado. Aplicação da Súmula 266/STF.

4. O Mandado de Segurança detém entre seus requisitos a demonstração inequívoca de direito líquido e certo pela parte impetrante, por meio da chamada prova pré-constituída, inexistindo espaço para a dilação probatória na célere via do *mandamus*.

5. Para a comprovação do direito líquido e certo, é necessário que, no momento da sua impetração, seja facilmente aferível a extensão do direito alegado e que este possa ser prontamente exercido, o que não ocorreu na espécie.

6. Deve ser mantido o acórdão recorrido, em face da ausência de demonstração de ofensa a direito líquido e certo, a ser amparado pela via do *mandamus*.

7. Agravo Regimental não provido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente), Assusete Magalhães e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 04 de setembro de 2014(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 39.587 - MS
(2012/0234258-7)**

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : BUD COMÉRCIO DE ELETRODOMÉSTICOS LTDA E OUTRO
ADVOGADOS : ERNESTO PEREIRA BORGES FILHO
RENATO CHAGAS CORRÊA DA SILVA E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : FERNANDO CESAR C ZANELE E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Agravo Regimental contra decisão que negou seguimento ao seu Recurso Ordinário, no qual se impugna acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, assim ementado (fl. 405, e-STJ):

MANDADO DE SEGURANÇA - DECRETO N. 13.162/2011 - ICMS SOBRE OPERAÇÕES REALIZADAS POR REPRESENTANTES DA EMPRESA IMPETRANTE - PEDIDO GENÉRICO - ATAQUE AO CARÁTER NORMATIVO -INADMISSIBILIDADE PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO ACOLHIDO - EXTINÇÃO DO FEITO.

1. Simples preocupação com um remoto e etéreo ato administrativo futuro não caracteriza justo receio a autorizar a utilização do Mandado de Segurança. Ao contrário, a judicialidade do justo receio demanda que estampe contornos c ilegalidade capazes de serem verificados de plano pelo juiz.

2. Não é possível determinar que o fisco deixe de cobrar a diferença da alíquota de ICMS e de apreender mercadorias da impetrante com base em pedido genérico, já que a impetrante não especificou nenhuma transação comercial, referindo-se a toda e qualquer que vier a ser realizada.

No Regimental, os agravantes sustentam:

Ora, examinado o pedido, tal como formulado, o que mais seria necessário para se demonstrar que o mandado de segurança que o v. aresto recorrido julgou extinto não se volta contra uma lei em tese, mas sim contra atos concretos, a serem praticados pelas autoridades coatoras, por força do advento do Protocolo ICMS CONFAZ 21/11?

Realmente, salta aos olhos que as agravantes não pedem a decretação da nulidade do protocolo aludido, mas pretendem, através da impetração, proteger-se dos efeitos concretos advindos da sua incidência e aplicação. A concretude autorizadora desta impetração preventiva consiste nos atos de cobrança do ICMS quando da entrada dos produtos das recorrentes no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Estado do Mato Grosso do Sul, com base no Protocolo CONFAZ 21/11, bem como de apreensão de mercadorias das recorrentes, todos eles reais e palpáveis, praticados pelas autoridades coatoras (fl. 618, e-STJ).

Defendem que "o objeto do mandado de segurança extinto pelo v. aresto recorrido não é uma lei em tese, mas sim atos inquestionavelmente concretos e atuais, praticados com base no citado Protocolo ICMS CONFAZ 21/11, merecendo, portanto, reforma a r. decisão agravada" (fl. 622, e-STJ).

Pleiteiam, ao final, a reconsideração do *decisum* ou a submissão do feito à Tuma.

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 39.587 - MS
(2012/0234258-7)**

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 12.8.2014.

Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança no qual os impetrantes buscam impedir que o Estado do Mato Grosso do Sul, por meio das autoridades coatoras, exija delas o pagamento do tributo inconstitucional criado pelo Protocolo ICMS 21/11, que se encontra em plena vigência, incidente sobre as vendas realizadas diariamente pelas impetrantes, por telefone ou *internet*. (fl. 464, e -STJ).

O Tribunal de Justiça acolheu a preliminar de carência de ação alegada pelo Estado, extinguindo, por conseguinte, o presente *mandamus*, sob os seguintes fundamentos:

Bud Comércio e Eletrodomésticos Ltda, impetra o presente Mandado de Segurança com pedido de liminar em face do ato a ser praticado pelo Secretário (a) de Estado de Fazenda de Mato Grosso do Sul, consistente na iminente aplicação do disposto no Decreto Estadual n. 13.162/2011, que impõe, inclusive à Impetrante, o recolhimento do ICMS devido por antecipação, nas operações interestaduais no caso de aquisições via internet efetuadas neste Estado, sob pena de apreensão das mercadorias.

Postula seja concedida a segurança, para 'impedir as autoridades coatoras de procederem à cobrança do ICMS quando da entrada dos produtos das impetrantes neste Estado com base no Protocolo CONFAZ 21/11, bem como a apreensão de suas mercadorias, ou, ainda, a prática de ato que, com fundamento no Protocolo aludido, impeça o livre desempenho das suas atividades neste Estado, seja por ocasião da passagem das mercadorias pelo posto fiscal, seja quando da entrega ao destinatário final'(f. 20).

A autoridade coatora alegou preliminares de carência de ação por ter a impetrante manejado writ contra lei cm tese e de impossibilidade do uso do *mandamus* para obtenção de tutela jurisdicional com efeitos normativos futuros, postulando, no mérito, a denegação da segurança.

Por questão de prejudicialidade, analiso primeiramente as preliminares levantadas pela autoridade coatora:

Acolho a preliminar de carência de ação, pois verifico que o presente writ, de fato, não ataca atos concretos passados e tampouco atos futuros determináveis, tendo em vista que, segundo se infere do próprio pedido, a impetrante requer a concessão de uma ordem judicial com objetivo de normalizar, através de um comando geral e abstrato, situações futuras e indeterminadas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como esclarecido quando da análise do pleito liminar, se está diante de Mando de Segurança Preventivo, objetivando impedir a autoridade apontada como coatora de apreender mercadorias a fim de cobrar a diferença de alíquota do ICMS, objeto do Decreto 13.162/2011.

O pedido da impetrante, portanto, mostra-se por demais genérico, não sendo possível, destarte, aferir-se a liquidez do direito almejado, já que refere-se a toda e qualquer venda realizada.

(...)

Deve ser anotado que a concessão de ordem preventiva exige do impetrante a comprovação do justo receio de violação de direito líquido e certo. Sobre o tema, José da Silva Pacheco, citando Celso Agrícola Barbi, leciona que:

'O justo receio, a que se refere a lei, deve ser entendido como ameaça objetiva e atual isto é, que exista, efetivamente, no momento da impetração, não sendo suficiente que tenha existido ou que o impetrante, intimamente, a pressinta.'

No mesmo sentido. Lúcia Valle Figueiredo afirma que "o justo receio tem de ser concreto, palpável, aferível pelo juiz, e aferível de plano, com a inicial. Portanto, o justo receio não pode ser mera alegação de que está o jurisdicionado por sofrer constrangimento considerado ilegal'

Desse modo, o mandado de segurança, ainda que preventivo, não pode assumir o caráter normativo pretendido pela impetrante. Vale dizer, eventual decisão concessiva da ordem não poderá servir como um "salvo conduto" à impetrante para que toda e qualquer mercadoria - sequer identificadas - não mais sejam fiscalizadas e autuadas pela autoridade fiscal.

(...)

Como se viu da doutrina e dos julgados colacionados, pedido de segurança genérica, *ad futurum*, não pode fixar regra geral de conduta para a Secretaria do Estado de Receita e Controle. *E esse é exatamente o caso dos autos, em que o Impetrante objetiva que a autoridade coatora se abstenha de apreender mercadorias e cobrar diferença de alíquota do ICMS para o caso genérico de "vendas realizadas ao consumidor final" .* (grifei)

Insisto, não se está falando que o Decreto n. 13.162/2011 não possua efeitos concretos e auto-executáveis, mas sim que no caso em apreço não é possível se determinar que o fisco deixe de cobrar a diferença da alíquota de ICMS e de apreender mercadorias da impetrante com base em pedido genérico, valendo destacar que a impetrante não especificou nenhuma transação comercial, referindo-se a toda e qualquer que vier a ser realizada.

Desse modo, *não tendo sido indicado quais os iminentes atos da autoridade impetrada que justificariam o receio de lesão a direito individualizado da impetrante, de fato, deve ser reconhecido que a impetração, em verdade, se direciona contra o próprio Decreto n. 13.162/2011 e contra o Protocolo ICMS Confaz n. 21/2011. O que encontra óbice no que dispõe a Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal (fls. 407-411, e-STJ, grifei).*

Tenho que não merece reparo o aresto hostilizado.

Conforme consignado na decisão agravada, reitero que não se confunde a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impetração contra lei em tese com a que possui natureza preventiva.

Para bem diferenciar, transcrevo, novamente, o ensinamento do professor Hugo de Brito Machado (*Mandado de Segurança em Matéria Tributária*, 4ª ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 231):

(...) se apenas pretendo importar determinada mercadoria para a qual a alíquota do imposto de importação foi aumentada, e considero que o aumento se deu contrariando a Constituição, mas ainda não adquiri a mercadoria no exterior, não posso dizer que tenho um direito sob ameaça de lesão. Se impetro mandado de segurança, a impetração estará atacando a norma, em tese, que elevou a alíquota do imposto. Por outro lado, se já adquiri a mercadoria, e especialmente se a mercadoria já foi remetida para o Brasil, já estou diante de fatos dos quais inexoravelmente decorrerá o fato impunível. Já posso, portanto, impetrar o writ, em caráter preventivo.

Como se vê, a diferença reside na constatação de que, no Mandado de Segurança preventivo, há demonstração de que ocorreu a situação fática prevista hipoteticamente na norma impugnada, razão por que existe o direito, ou ao menos o fundado receio de lesão a esse direito. Consequentemente, a impetrante apenas se antecipa à ação da autoridade pública, pleiteando o provimento jurisdicional que a afaste.

Na impetração contra lei em tese, a situação fática acima referida ainda não se realizou. Pode até vir a sê-lo, mas o que se tem é um ataque direto e frontal ao simples conteúdo da norma, e é por isso que não se mostra possível a comprovação, *de plano*, de direito líquido e certo a ser tutelado.

Na hipótese em exame, não foi demonstrada a realização, no mundo material, do evento previsto na norma, ou, em outras palavras, a sua incidência. Questiona-se, portanto, o conteúdo normativo em si mesmo, propósito rechaçado pelo óbice da Súmula 266/STF.

Sobre o tema:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO CONTRA DECRETO ESTADUAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 266/STF.

1. 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. (REsp 1064434/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segunda Turma, julgado em 14.6.2011, DJe 21.6.2011)

2. Não ficou demonstrado o justo receio que legitimasse a impetração do writ, como intentou a agravante, sendo imprescindível a concretude dos fatos apontados como ameaça de lesão a direito.

Incidência da Súmula 266 da Súmula do STF: "não cabe mandado de segurança contra lei em tese".

Agravo regimental improvido.

(AgRg no RMS 36.971/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 28/08/2012).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. DECRETO 30.542/2011 DO ESTADO DO CEARÁ. PROTOCOLO ICMS 21/2011. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 266/STF.

1. Recurso ordinário em mandado de segurança pelo qual a impetrante combate em caráter genérico e abstrato disposições contidas em decreto estadual (Decreto 30.542/2011, autorizado pelo Protocolo ICMS 21/2011) que faz incidir ICMS sobre as mercadorias adquiridas em outra Unidade da Federação por meio de comércio eletrônico.

2. Essa pretensão de cunho normativo fica evidenciada no pedido inicial, pelo qual a impetrante requer a concessão da ordem para "declarar a inconstitucionalidade do Decreto nº 30.542, de 2011, e ilegalidade do Protocolo ICMS CONFAZ nº 21/2011 e, por consequência, declarar inexigível o ICMS nos termos do referido Decreto".

3. Incide, pois, na espécie, o óbice contido na Súmula 266/STF: "Não cabe mandado de segurança contra lei em tese".

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no RMS 39.596/CE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 02/04/2013).

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. ICMS. DECRETO ESTADUAL N. 11.803/2005. EFICÁCIA DA CONCESSÃO DA SEGURANÇA. OPERAÇÕES FUTURAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Insurge-se a recorrente quanto aos efeitos do acórdão recorrido, que restringiu a declaração de ilegalidade do regime especial instituído pelo Decreto nº 11.803/05, do Estado de Mato Grosso do Sul, às operações efetivamente comprovadas nos autos e submetidas ao termo de compromisso firmado entre o ente estatal e a empresa exportadora.

2. Apesar de formalmente ter concedido a segurança, o acórdão estadual, em sua substância, denegou parcialmente a ordem pretendida no mandamus. Diante disso, persiste o interesse da impetrante em recorrer com o fito de lograr a satisfação integral da providência reclamada no writ no órgão ad quem.

3. O mandado de segurança preventivo presta-se a combater ameaça efetiva e concreta de lesão a direito líquido e certo do impetrante.

A declaração da ilegalidade, por seu turno, não possui eficácia geral e ilimitada, devendo circunscrever-se à situação iminente e especificamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apontada na petição inicial.

4. Dissociar a extensão do provimento mandamental da situação concretamente descrita no momento da impetração, resultaria no reconhecimento da ilegalidade em tese do próprio instrumento normativo impugnado, o que não é possível em razão do óbice da Súmula 266/STF.

5. Para a obtenção da tutela mandamental o impetrante deve comprovar de plano o direito apontado como violado, o que não ocorre, por razões óbvias, quanto às operações sequer previstas no momento da impetração.

6. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

(RMS 28.530/MS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 12/06/2009).

Ademais, esclareço que o Mandado de Segurança detém entre os seus requisitos a comprovação inequívoca de direito líquido e certo pela parte impetrante, por meio da chamada prova pré-constituída, inexistindo espaço para a dilação probatória na célere via do *mandamus*.

Para a demonstração do direito líquido e certo, é necessário que, no momento da sua impetração, seja facilmente aferível a extensão do direito alegado e que este possa ser prontamente exercido, o que no caso não ocorreu.

Logo, deve ser mantido o acórdão recorrido, em face da ausência de demonstração de ofensa a direito líquido e certo, a ser amparado pela via do *mandamus*.

Diante do exposto, **nego provimento ao Agravo Regimental.**

É como **voto**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2012/0234258-7 **PROCESSO ELETRÔNICO** **RMS** **AgRg no 39.587 / MS**

Números Origem: 0036092-84.2011.8.12.0000/50004 0036092842011812000050004 2011.034350-2
20110343502 20110343502000000 360928420118120000

PAUTA: 04/09/2014

JULGADO: 04/09/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : BUD COMÉRCIO DE ELETRODOMÉSTICOS LTDA E OUTRO
ADVOGADOS : ERNESTO PEREIRA BORGES FILHO
RENATO CHAGAS CORRÊA DA SILVA E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : FERNANDO CESAR C ZANELE E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : BUD COMÉRCIO DE ELETRODOMÉSTICOS LTDA E OUTRO
ADVOGADOS : ERNESTO PEREIRA BORGES FILHO
RENATO CHAGAS CORRÊA DA SILVA E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : FERNANDO CESAR C ZANELE E OUTRO(S)

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente), Assusete Magalhães e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.