



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 63.558 - MA
(2020/0116931-1)**

RELATOR : MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
AGRAVANTE : RIQUENA NETO AR CONDICIONADO LTDA E FILIAL(IS)
ADVOGADOS : JULIO CESAR GOULART LANES - RS046648
DANILO ANDRADE MAIA - MA015276A
AGRAVADO : ESTADO DO MARANHÃO
PROCURADOR : LUIS FELIPE FONTES RODRIGUES DE SOUZA - MA018397

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. COBRANÇA DE DIFERENCIAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE ESTADO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO CABIMENTO. TEMA N. 430.

I - Na origem, trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato atribuído ao Secretário da Fazenda do Estado do Maranhão objetivando afastar a cobrança de diferencial de alíquota de ICMS (DIFAL) nas vendas para pessoas físicas e jurídicas não contribuintes do ICMS. No Tribunal *a quo*, denegou-se a segurança. Esta Corte não conheceu do recurso ordinário em mandado de segurança.

II - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, em regra, o Secretário de Estado não possui legitimidade para figurar no polo passivo de mandado de segurança em que se discute incidência de tributos. Precedentes: AgInt no RMS n. 36.682/RJ, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 26/9/2017, DJe 9/10/2017; RMS n. 54.333/RN, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/9/2017, DJe 20/10/2017; AgInt no RMS n. 54.968/RN, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 15/5/2018, DJe 21/5/2018; e AgInt no RMS n. 35.512/RJ, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 7/12/2018.

III - Ainda que fosse superado esse fundamento, verifica-se que a pretensão recursal, ainda assim, não comportaria ser conhecida.

IV - 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.

V - 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ICMS n. 93/2015 do Conselho Nacional de Política Fazendária – Confaz, com fundamento na Emenda Constitucional n. 87/2015.

VI - 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.”). A propósito: (AgInt no RMS n. 36.682/RJ, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 9/10/2017 e RMS n. 18.302/SE, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 27/3/2006).

VII - Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator Brasília (DF), 25 de maio de 2021(Data do Julgamento)

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 63.558 - MA
(2020/0116931-1)**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (Relator):

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Riquena Neto Ar-Condicionado Ltda., com fundamento no art. 105, II, *b*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

Na origem, trata-se de mandado de segurança impetrado pela ora recorrente contra ato atribuído ao Secretário da Fazenda do Estado do Maranhão, com objetivo de afastar a cobrança de diferencial de alíquota de ICMS (DIFAL). Foi atribuído à causa o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em maio de 2019 (fl. 31).

O Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão denegou a segurança, em acórdão que recebeu a seguinte ementa:

**MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO TRIBUTÁRIO ICMS.
COBRANÇA DA DIFAL. SEGURANÇA DENEGADA.**

I - A impetração de mandado de segurança preventivo em face de lei em tese é cabível quando demonstrada a ocorrência de efeito concreto (pagamento do tributo questionado), devendo ser denegada a ordem na hipótese em que o objeto da demanda é coibir a atuação do órgão fazendário em eventos futuros, de maneira permanente e genérica. Precedentes do STJ e do TJMA.

II - A cobrança de DIFAL não viola a Emenda Constitucional nº. 87/2015, nem tampouco o pacto federativo que objetiva equalizar a arrecadação tributária quanto a sua cobrança, visando o equilíbrio fiscal quanto a arrecadação de Diferença de ICMS, entre estados, ou seja, quando a empresa está sediada em um Estado e o consumidor final não contribuinte está em outro Estado, fazendo-se necessário aplicar a justa medida de arrecadação.

Nas razões do recurso ordinário, a parte recorrente alega, em síntese, que o Tribunal de origem deveria ter considerado que a cobrança do diferencial de alíquota de ICMS (DIFAL) é inconstitucional, considerando que a instituição do imposto é condicionada à edição de lei complementar específica, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (AgRg RE n. 580.903).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Foram apresentadas contrarrazões para que seja mantido o acórdão recorrido.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso.

A decisão monocrática tem o seguinte dispositivo: "Ante o exposto, não conheço do recurso ordinário em mandado de segurança, com fundamento no art. 34, XVIII, *a*, do RISTJ."

Interposto agravo interno, a parte agravante traz argumentos contrários aos fundamentos da decisão recorrida.

A parte agravada foi intimada para apresentar impugnação ao recurso.

É relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 63.558 - MA
(2020/0116931-1)**

AGRAVANTE : RIQUENA NETO AR CONDICIONADO LTDA E FILIAL(IS)
ADVOGADOS : JULIO CESAR GOULART LANES - RS046648
DANILO ANDRADE MAIA - MA015276A
AGRAVADO : ESTADO DO MARANHÃO
PROCURADOR : LUIS FELIPE FONTES RODRIGUES DE SOUZA - MA018397

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. COBRANÇA DE DIFERENCIAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE ESTADO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO CABIMENTO. TEMA N. 430.

I - Na origem, trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato atribuído ao Secretário da Fazenda do Estado do Maranhão objetivando afastar a cobrança de diferencial de alíquota de ICMS (DIFAL) nas vendas para pessoas físicas e jurídicas não contribuintes do ICMS. No Tribunal *a quo*, denegou-se a segurança. Esta Corte não conheceu do recurso ordinário em mandado de segurança.

II - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, em regra, o Secretário de Estado não possui legitimidade para figurar no polo passivo de mandado de segurança em que se discute incidência de tributos. Precedentes: AgInt no RMS n. 36.682/RJ, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 26/9/2017, DJe 9/10/2017; RMS n. 54.333/RN, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/9/2017, DJe 20/10/2017; AgInt no RMS n. 54.968/RN, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 15/5/2018, DJe 21/5/2018; e AgInt no RMS n. 35.512/RJ, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 7/12/2018.

III - Ainda que fosse superado esse fundamento, verifica-se que a pretensão recursal, ainda assim, não comportaria ser conhecida.

IV - 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.

V - 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamento na Emenda Constitucional n. 87/2015.

VI - 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.”). A propósito: (AgInt no RMS n. 36.682/RJ, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 9/10/2017 e RMS n. 18.302/SE, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 27/3/2006).

VII - Agravo interno improvido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (Relator):

O recurso de agravo interno não merece provimento.

A parte agravante insiste nos mesmos argumentos já analisados na decisão recorrida.

Sem razão a parte agravante.

Na origem, trata-se de mandado de segurança impetrado pela ora recorrente contra ato atribuído ao Secretário da Fazenda do Estado do Maranhão.

A via eleita é inadequada.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, em regra, o Secretário de Estado não possui legitimidade para figurar no polo passivo de mandado de segurança em que se discute incidência de tributos. Precedentes: AgInt no RMS n. 36.682/RJ, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 26/9/2017, DJe 9/10/2017; RMS n. 54.333/RN, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/9/2017, DJe 20/10/2017; AgInt no RMS n. 54.968/RN, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 15/5/2018, DJe 21/5/2018; e AgInt no RMS n. 35.512/RJ, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 7/12/2018.

Ainda que fosse superado esse fundamento, verifica-se que a pretensão recursal, ainda assim, não comportaria ser conhecida.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.”).

A propósito:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO FUNDADO NO CPC/73. ICMS. INSURGÊNCIA CONTRA COBRANÇA DO TRIBUTO. SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA APONTADO COMO AUTORIDADE COATORA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO AUTÔNOMO. VIA MANDAMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 266/STF. ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA SEÇÃO FIRMADO PELO RITO DO ART. 543-C DO CPC/73 (REsp 1.119.872/RJ).

1. Incabível a aplicação dos dispositivos do CPC/2015 para aferir os pressupostos de admissibilidade do recurso ordinário, porquanto o acórdão recorrido foi publicado na vigência do CPC/73. Observância da diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2/STJ, aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9 de março de 2016 (Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça).

2. O Secretário de Estado de Fazenda não ostenta legitimidade para figurar no pólo passivo do mandado de segurança questionando a exigibilidade de tributos, no caso, ICMS. Precedentes: RMS 45.902/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 21/09/2016; AgInt no RMS 49.232/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 18/05/2016.

3. “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 430 dos Recursos Repetitivos).

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no RMS n. 36.682/RJ, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 9/10/2017.)

PROCESSO CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. COBRANÇA DE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA SOBRE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MERCADORIA PARA REVENDAS ORIUNDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. DECRETO ESTADUAL 20.822/02. LEI ESTADUAL 3.796/96.

1. É cediço na Corte que: "TRIBUTÁRIO. MANDADO SE SEGURANÇA. ICMS. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. REGIME DE RECOLHIMENTO ANTECIPADO SEM SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ART. 1.º, I, DO DECRETO N.º 18.536/99. PREVISÃO NO ART. 8º, XV, DA LEI ESTADUAL N.º 3.796/96.

INEXISTÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO AUTÔNOMA. ARTS. 146, INCISO III, 'A' E 155, § 2º, INCISO XII, 'A' E 'B' DA CF/88. AUSÊNCIA DE LESÃO. A Lei Estadual n.º 3.796/96, do Estado de Sergipe, em seu art. 8º, XV, estabelece a antecipação tributária quando da entrada, no estabelecimento comercial, de mercadorias ou bens provenientes de outro Estado da federação, de modo que a disposição contida no art. 1º, I, do Decreto n.º 18.536/99 não desbordou dos estritos limites legais, o que lhe afasta a condição de regulamento autônomo. - O Decreto n.º 18.536/99, em seu art. 1º, I, não cuida do instituto da substituição tributária, mas tão-somente da sistemática de antecipação do tributo, de modo que a matéria não está afeta à reserva de Lei Complementar. Ausência de lesão ao art. 155, § 2º, XII, 'b' da CF/88, que só exige, no âmbito do ICMS, Lei Complementar para a disciplina da substituição tributária. - De igual modo, o art.

1º, I, do Decreto n.º 18.536/99, por não dispor sobre substituição tributária, não disciplinou caso de sujeição passiva indireta, de modo que não tem aplicação o disposto nos arts. 146, III, 'a' e 155, § 2º, XII, 'a', da CF/88, que exigem Lei Complementar para a fixação dos contribuintes do ICMS. - Recurso a que se nega provimento." (RMS 15095/SE, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 01.09.2003) 2. Deveras, o artigo 155, VII, da Constituição Federal de 1988, prevê a hipótese explicitada no Regulamento, o que lhe retira o caráter de "regulamento autônomo".

3. Destarte, ainda que preventivo, o mandamus há de referir o ato indutor ao justo receio, o que, por si só, o decreto não denota, revelando a impetração insurgência contra a lei em tese, em afronta ao teor do verbete 266, do E. STF.

4. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(RMS n. 18.302/SE, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 27/3/2006.)

Ante o exposto, não havendo razões para modificar a decisão recorrida, nego provimento ao agravo interno.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

AgInt no RMS 63.558 / MA
PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2020/0116931-1

Número de Origem:

08038744320198100000 8038744320198100000

Sessão Virtual de 03/11/2020 a 16/11/2020

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : RIQUENA NETO AR CONDICIONADO LTDA E FILIAL(IS)

ADVOGADOS : JULIO CESAR GOULART LANES - RS046648

CAROLINA CARDOSO GUIMARÃES LISBOA - DF024511

DANILO ANDRADE MAIA - MA015276A

RECORRIDO : ESTADO DO MARANHÃO

PROCURADOR : LUIS FELIPE FONTES RODRIGUES DE SOUZA - MA018397

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : RIQUENA NETO AR CONDICIONADO LTDA E FILIAL(IS)

ADVOGADOS : JULIO CESAR GOULART LANES - RS046648

DANILO ANDRADE MAIA - MA015276A

AGRAVADO : ESTADO DO MARANHÃO

PROCURADOR : LUIS FELIPE FONTES RODRIGUES DE SOUZA - MA018397

TERMO

O presente feito foi retirado de pauta em 13/11/2020.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília, 16 de novembro de 2020



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2020/0116931-1 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgInt no
RMS 63.558 / MA**

Números Origem: 08038744320198100000 8038744320198100000

PAUTA: 25/05/2021

JULGADO: 25/05/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MARIO LUIZ BONSAGLIA

Secretária

Bela. VALÉRIA RODRIGUES SOARES

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : RIQUENA NETO AR CONDICIONADO LTDA E FILIAL(IS)
ADVOGADOS : JULIO CESAR GOULART LANES - RS046648
CAROLINA CARDOSO GUIMARÃES LISBOA - DF024511
DANILO ANDRADE MAIA - MA015276A
RECORRIDO : ESTADO DO MARANHÃO
PROCURADOR : LUIS FELIPE FONTES RODRIGUES DE SOUZA - MA018397

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : RIQUENA NETO AR CONDICIONADO LTDA E FILIAL(IS)
ADVOGADOS : JULIO CESAR GOULART LANES - RS046648
DANILO ANDRADE MAIA - MA015276A
AGRAVADO : ESTADO DO MARANHÃO
PROCURADOR : LUIS FELIPE FONTES RODRIGUES DE SOUZA - MA018397

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 interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.