



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2560689 - ES
(2024/0033522-0)**

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : SUPERMERCADOS CALVI LTDA E FILIAL(IS)
ADVOGADO : GUSTAVO BARBOSA GODOY - ES006635
AGRAVADO : ESTADO DO ESPIRITO SANTO
ADVOGADOS : RODRIGO MARQUES DE ABREU JÚDICE - ES007513
ADALMO OLIVEIRA DOS SANTOS JÚNIOR - ES020688

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO PREVENTIVA. ICMS. PROVA DE ATOS PREPARATÓRIOS OU DE EFEITOS CONCRETOS DA ATIVIDADE FISCALIZADORA OU ARRECADATÓRIA. INEXISTÊNCIA. LEI EM TESE. ACÓRDÃO RECORRIDO PELO CABIMENTO DA AÇÃO MANDAMENTAL. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. CONFORMIDADE COM PACÍFICA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. REVISÃO. REEXAME DE ACERVO PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE.

1. Tendo o recurso sido interposto contra decisão publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015 – CPC/2015, devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele previsto, conforme Enunciado Administrativo n. 3/2016/STJ.

2. Não há violação do art. 1.022 do CPC/2015 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado.

3. Na linha do pacífico entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, sedimentado na Súmula 266 do STF, este Tribunal Superior não admite a impetração de mandado de segurança contra lei em tese.

4. Não obstante, não há empecilho à impetração preventiva de mandado de segurança, na hipótese em que a parte impetrante tem justo receio de iminente violação a direito líquido e certo pela autoridade coatora, caracterizada pela prática de atos preparatórios ou de efeitos concretos da atividade fiscalizadora ou arrecadatória, embasados em lei tida por inconstitucional. Precedentes.

5. No caso dos autos, as Súmulas 7 e 83 do STJ são óbices ao conhecimento do recurso, pois, ainda que as partes impetrantes aleguem tentar impedir sua responsabilização tributária pelo imposto não retido pela substituta tributária, não há como se alterar a conclusão do acórdão recorrido sem o reexame do acervo probatório, pois o mandado de segurança preventivo deve vir instruído com prova da possibilidade da prática de atos preparatórios ou de efeitos concretos da atividade fiscalizadora ou arrecadatória, embasados na referida legislação tida por inconstitucional e, isso considerado, “o risco de responsabilização dos contribuintes capixabas” e “aquisição das mercadorias de fora do Estado do Espírito Santo” não servem à prova da possibilidade de violação a eventual direito líquido e certo, notadamente, quando se discute a inconstitucionalidade da legislação sob o ângulo de violação aos princípios da anterioridade.

6. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Paulo Sérgio Domingues votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.

Brasília, 26 de novembro de 2024.

Ministro Benedito Gonçalves
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2560689 - ES
(2024/0033522-0)**

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : SUPERMERCADOS CALVI LTDA E FILIAL(IS)
ADVOGADO : GUSTAVO BARBOSA GODOY - ES006635
AGRAVADO : ESTADO DO ESPIRITO SANTO
ADVOGADOS : RODRIGO MARQUES DE ABREU JÚDICE - ES007513
ADALMO OLIVEIRA DOS SANTOS JÚNIOR - ES020688

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO PREVENTIVA. ICMS. PROVA DE ATOS PREPARATÓRIOS OU DE EFEITOS CONCRETOS DA ATIVIDADE FISCALIZADORA OU ARRECADATÓRIA. INEXISTÊNCIA. LEI EM TESE. ACÓRDÃO RECORRIDO PELO CABIMENTO DA AÇÃO MANDAMENTAL. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. CONFORMIDADE COM PACÍFICA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. REVISÃO. REEXAME DE ACERVO PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE.

1. Tendo o recurso sido interposto contra decisão publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015 – CPC/2015, devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele previsto, conforme Enunciado Administrativo n. 3/2016/STJ.

2. Não há violação do art. 1.022 do CPC/2015 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado.

3. Na linha do pacífico entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, sedimentado na Súmula 266 do STF, este Tribunal Superior não admite a impetração de mandado de segurança contra lei em tese.

4. Não obstante, não há empecilho à impetração preventiva de mandado de segurança, na hipótese em que a parte impetrante tem justo receio de iminente violação a direito líquido e certo pela autoridade coatora, caracterizada pela prática de atos preparatórios ou de efeitos concretos da atividade fiscalizadora ou arrecadatória, embasados em lei tida por inconstitucional. Precedentes.

5. No caso dos autos, as Súmulas 7 e 83 do STJ são óbices ao conhecimento do recurso, pois, ainda que as partes impetrantes aleguem tentar impedir sua responsabilização tributária pelo imposto não retido pela substituta tributária, não há como se alterar a conclusão do acórdão recorrido sem o reexame do acervo probatório, pois o mandado de segurança preventivo deve vir instruído com prova da possibilidade da prática de atos preparatórios ou de efeitos concretos da atividade fiscalizadora ou arrecadatória, embasados na referida legislação tida por inconstitucional e, isso considerado, “o risco de responsabilização dos contribuintes capixabas” e “aquisição das mercadorias de fora do Estado do Espírito Santo” não servem à prova da possibilidade de violação a eventual direito líquido e certo, notadamente, quando se discute a inconstitucionalidade da legislação sob o ângulo de violação aos princípios da anterioridade.

6. Agravo interno não provido.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

(Relator): Trata-se de agravo interno interposto por SUPERMERCADO CALVI LTDA e OUTRO contra decisão que, ao conhecer do agravo, com apoio em entendimento jurisprudencial e nas súmulas 7 e 83 do STJ, não conheceu de recurso especial em que discute o cabimento de mandado de segurança para, na condição de contribuintes substituídos, obstar a exigibilidade de ICMS em razão de as substitutas tributárias não o terem recolhido; e negou-lhe provimento quanto à tese de violação dos arts. 489 e 1.022 do Código de Processo Civil – CPC/2015.

A parte agravante não concorda com os óbices sumulares ao conhecimento do recurso, insiste na alegação de violação dos arts. 489 e

1.022 do CPC/2015 e sustenta, em síntese (fls. 485/503):

Trata-se de mandado de segurança preventivo que visou assegurar o direito líquido e certo dos ora agravantes de não serem compelidos ao recolhimento do ICMS majorado em vista de sua condição de substituídos na relação jurídico tributária [...] Antes da promulgação da lei 10.630/2017, o art. 70, inciso XLIV do RICMS/ES previa uma redução de 100% da base de cálculo do imposto para produtos essenciais à alimentação da população capixaba, especialmente farinha de trigo, massas alimentícias não cozidas, nem recheadas ou preparadas, classificadas na posição 1902 da NCM e de pães, biscoitos dos tipos Maria, Maisena, Cream Cracker e água e sal ou de polvilho e bolachas, de todos os cereais, sem recheio ou cobertura, classificados na posição 1905 da NCM, inclusive de produtos produzidos fora do Estado do Espírito Santo. Ocorre que em 29/03/2017 o Estado do Espírito Santo publicou a Lei 10.630/2017, bem como o Decreto 4.084-R/2017, que alterou a Lei Estadual 7.000/2001, consignando profunda modificação das bases de cálculo e alíquotas do ICMS, estabelecendo uma distinção entre alguns produtos produzidos no Estado do Espírito Santo e daqueles mesmos produtos produzidos em outros Estados da Federação, o que ocasionou a majoração expressiva e repentina da carga tributária [...] Ocorre que ao menos dois dos maiores distribuidores/produtores dos produtos elencados nas letras “a” e “b” do inciso III, do art. 5º da Lei 10.630/2017 impetraram mandados de segurança em face da legislação que ora se comenta e obtiveram liminares determinando que a Autoridade Coatora se absteresse de autuá-los, em quaisquer valores embasados na Lei nº 10.630/2017 e no Decreto nº 4.084-R/2017, tendo em vista a ofensa aos princípios constitucionais da anterioridade, noventena e da seletividade [...] Em razão da medida liminar obtida por estas empresas, ambas vinham enviando seus produtos para o Estado do Espírito Santo com redução de 100% da base cálculo do ICMS ao alvedrio da legislação que ora se combate [...] o TJES deixou de se manifestar sobre os temas elencados pelos agravantes e que, a toda evidência, teriam a possibilidade de modificar o julgado. Nessa ordem de ideias, insta notar que o TJES deixou de se manifestar sobre a violação ao princípio da seletividade, a violação ao princípio da igualdade tributária entre os entes federados, a violação ao princípio da não diferenciação tributária, todos temas sobre os quais o TJES deveria ter se manifestado uma vez que são relevantes, têm relação direta com a matéria evidenciada e possuiriam, se apreciados, ampla possibilidade de modificar o julgado combatido [...] Como a atividade administrativa do lançamento é vinculada e obrigatória, à autoridade não existe discricionariedade de decidir se exigirá ou não o recolhimento do tributo, de forma que é recomendável ao contribuinte acionar o Judiciário de forma preventiva. A ameaça, portanto, é concreta e não pode ser afastada do Judiciário, uma vez que seria falta de cautela presumir que a administração tributária deixaria de cumprir a lei e efetuar o lançamento do crédito tributário tão logo o fato gerador estivesse materializado. E não se pode também invocar a Súmula 83 do STJ com o objetivo de negar provimento ao presente agravo, pois as decisões do STJ apontam exatamente no sentido descrito pelos agravantes.

Impugnação apresentada pela parte agravada (fls. 511/516).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

(Relator): Tendo o recurso sido interposto contra decisão publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015 – CPC/2015, devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele previsto, conforme Enunciado Administrativo n. 3/2016/STJ.

Após nova análise processual, verifica-se que a conclusão da decisão agravada deve mantida, pois insuperáveis os óbices ao conhecimento do recurso, ao tempo em que não se constatou violação dos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015.

Tal como registrado na decisão monocrática, as partes impetrantes, de forma preventiva, impetraram mandado de segurança, objetivando não serem obrigadas ao pagamento de ICMS em razão “das alterações criadas pela Lei Estadual n. 10.630/2017 e no Decreto 4.084-R/2017”. Conforme causa de pedir descrita na inicial (fls. 1/27):

O presente caso gira ao redor da criação de uma situação jurídica de risco real para as Empresas Impetrantes quando da aquisição de produtos de fora do Estado, em especial - mas não só - das empresas Vilma Produtos Alimentícios e Indústria de Produtos Alimentícios Piraquê, pois se a substituta não efetua o pagamento da exação, a empresa substituída torna-se obrigada a promover o seu pagamento e se sujeita à ação fiscalizadora da Fazenda Estadual do Estado do Espírito Santo, posto que os Impetrantes, em nome próprio, ainda não estão amparados por qualquer medida judicial que os autorize a deixar de aplicar os termos da indigitada legislação inconstitucional. É necessário notar que há uma tendência de que esse fenômeno venha a se multiplicar já que os mais importantes fornecedores dos produtos cuja base de cálculo foi majora pela Lei 10.630/2017 e pelo Decreto 4.084/2017 situam-se fora do Estado do Espírito Santo. Por essa razão, o interesse na prestação da tutela jurisdicional no presente writ mostra-se ainda mais evidente. Nesse sentido, embora as Impetrantes ainda não tenham notícia da existência de mandados de segurança impetrados pelas empresas Bimbo do Brasil LTDA., Nestlé S/A, Unilider Distribuidora SÃ., estas também não estão emitindo notas fiscais relativas aos indigitados itens constantes da legislação atacada com a majoração da

base de cálculo ali determinada, conforme se pode constatar do relatório em anexo. Sendo assim, é legítima a pretensão de pleitearem medida judicial com o fim de impedir que a Autoridade Coatora venha a autuá-los em quaisquer valores, tendo em vista a inconstitucionalidade das disposições contidas na Lei 10.630/2017 e no Decreto 4.084-R/2017 [...] o risco de responsabilização dos contribuintes capixabas pelo não recolhimento do ICMS pelo substituto tributário é real.

No contexto, portanto, as partes impetrantes pedem a inconstitucionalidade da Lei n. 10.630/2017 e do Decreto n. 4.084/2017 para não pagarem eventuais créditos de ICMS não recolhidos pelas substitutas tributárias. E o tribunal de justiça decidiu pelo não cabimento do mandado de segurança, pois teria por fim atacar lei em tese.

Pois bem.

Como assinalado, deve ser mantida a decisão agravada.

De fato, não há violação do art. 1.022 do CPC/2015 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado. E, no caso dos autos, não se verifica violação dos referidos dispositivos, na medida em que a fundamentação adotada pelo órgão julgador torna desnecessária a integração pedida nos aclaratórios.

De outro lado, na linha do pacífico entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, sedimentado na Súmula 266 do STF, este Tribunal Superior não admite a impetração de mandado de segurança contra lei em tese. A respeito, entre outros: 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; RMS n. 28.227/GO, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24/3/2009, DJe de 20/4/2009.

Não obstante, não há empecilho à impetração preventiva de mandado de segurança, na hipótese em que a parte impetrante tem justo receio de iminente violação a direito líquido e certo pela autoridade coatora, caracterizada pela prática de atos preparatórios ou de efeitos

concretos da atividade fiscalizadora ou arrecadatória, embasados em lei tida por inconstitucional. Nesse sentido: AgInt no AREsp n. 2.455.575/RR, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 11/3/2024, DJe de 6/5/2024; AgInt no REsp n. 1.965.173/RS, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 2/5/2022, DJe de 4/5/2022; AgInt no REsp n. 1.530.846/MT, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 15/8/2017, DJe de 26/9/2017; RMS n. 20.031/RJ, relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 17/5/2007, DJ de 4/6/2007.

No caso dos autos, ainda que a parte impetrante alegue tentar impedir sua responsabilização tributária pelo imposto não retido da substituta tributária, não há como se alterar a conclusão do acórdão recorrido sem o reexame do acervo probatório, pois o mandado de segurança preventivo, como assinalado, deve vir instruído com prova da possibilidade da prática de atos preparatórios ou de efeitos concretos da atividade fiscalizadora ou arrecadatória, embasados na referida legislação tida por inconstitucional e, isso considerado, “o risco de responsabilização dos contribuintes capixabas” e “aquisição das mercadorias de fora do Estado do Espírito Santo” não servem à prova da possibilidade de violação a eventual direito líquido e certo, notadamente, quando se discutida a inconstitucionalidade da legislação sob o ângulo de violação aos princípios da anterioridade.

Portanto, as Súmulas 7 e 83 do STJ são óbices ao conhecimento do recurso.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

AgInt no AREsp 2.560.689 / ES
PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2024/0033522-0

Número de Origem:
00155723220178080024

Sessão Virtual de 19/11/2024 a 25/11/2024

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES

Secretário

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : SUPERMERCADOS CALVI LTDA E FILIAL(IS)
ADVOGADO : GUSTAVO BARBOSA GODOY - ES006635
AGRAVADO : ESTADO DO ESPIRITO SANTO
PROCURADORES : RODRIGO MARQUES DE ABREU JÚDICE - ES007513
ADALMO OLIVEIRA DOS SANTOS JÚNIOR - ES020688

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : SUPERMERCADOS CALVI LTDA E FILIAL(IS)
ADVOGADO : GUSTAVO BARBOSA GODOY - ES006635
AGRAVADO : ESTADO DO ESPIRITO SANTO
ADVOGADOS : RODRIGO MARQUES DE ABREU JÚDICE - ES007513
ADALMO OLIVEIRA DOS SANTOS JÚNIOR - ES020688

TERMO

"A PRIMEIRA TURMA, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Paulo Sérgio Domingues votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.

Brasília, 25 de novembro de 2024